

# BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC

sous la direction de

**MARCEL WALINE**

Professeur à l'Université de Droit  
d'économie et de sciences sociales de Paris  
Membre de l'Institut

TOME CXIV

---

## LES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL

PAR

**CLAUDE FRANCK**

Docteur en Droit,  
Diplômé de l'Institut d'Etudes politiques de Paris

Préface de

**JEAN RIVERO**

Professeur à l'Université de Paris II

|                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OUVRAGE HONORÉ D'UNE SUBVENTION DU<br>MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET<br>COURONNÉ PAR L'UNIVERSITÉ DE PARIS II |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

PARIS

**LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE**

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS  
20 et 24, rue Soufflot (5<sup>e</sup>)

—  
1974  
—



Digitized by the Internet Archive  
in 2026







**LES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
ET DU CONSEIL D'ÉTAT  
DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL**



# **BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PUBLIC**

sous la direction de

**MARCEL WALINE**

Professeur à l'Université de Droit,  
d'économie et de sciences sociales de Paris  
Membre de l'Institut

TOME CXIV

---

## **LES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL**

PAR

**CLAUDE FRANCK**

Docteur en Droit,  
Diplômé de l'Institut d'Etudes politiques de Paris

**Préface de**

**JEAN RIVERO**

Professeur à l'Université de Paris II

|                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OUVRAGE HONORÉ D'UNE SUBVENTION DU<br>MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET<br>COURONNÉ PAR L'UNIVERSITÉ DE PARIS II |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

**PARIS**

**LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE**

**R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS**

**20 et 24, rue Soufflot (5<sup>e</sup>)**

**1974**





## OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

---

- TOME 1. — ROBERT (J.) : *Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration* (le problème des responsabilités). Epuisé.
- TOME 2. — DURAND (C.) : *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*. Epuisé.
- TOME 3. — ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*. Epuisé.
- TOME 4. — DUCOS-ADER (R.) : *Le droit de réquisition* (théorie générale et régime juridique). Epuisé.
- TOME 5. — LEVY (D.) : *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*. Epuisé.
- TOME 6. — FOURRIER (Ch.) : *La liberté du fonctionnaire* (Essai de droit public comparé : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, U.R.S.S., Allemagne, Suisse, Belgique, etc.). Epuisé.
- TOME 7. — MOREAU (J.) : *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*. Epuisé.
- TOME 8. — CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée*. (Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire). Epuisé.
- TOME 9. — GROSHENS (J.-C.) : *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants*. Epuisé.
- TOME 10. — TOURDIAS (M.) : *Le sursis à exécution des décisions administratives*.
- TOME 11. — BOURDONCLE (R.) : *Liberté d'opinion et fonction publique en Droit positif français*. Epuisé.
- TOME 12. — KOECHLIN (H.-E.) : *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873* (Etude de jurisprudence).
- TOME 13. — JACQUEMART (D.) : *Le Conseil d'Etat juge de Cassation*. Epuisé.
- TOME 14. — DUBISSON (M.) : *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*. 1958. Epuisé.
- TOME 15. — BORELLA (F.) : *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1945*. Epuisé.
- TOME 16. — DREVET (P.) : *La procédure de révision de la Constitution du 27 octobre 1946*.
- TOME 17. — VENEZIA (J.-C.) : *Le pouvoir discrétionnaire*. Epuisé.
- TOME 18. — CONNOIS (R.) : *La notion d'établissement public en droit administratif français*. Epuisé.
- TOME 19. — SPILIOTOPOULOS (Ep.) : *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*. Epuisé.
- TOME 20. — GARREAU (R.) : *Le « Local Government » en Grande-Bretagne*. Epuisé.
- TOME 21. — KORNPROBST (B.) : *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*.
- TOME 22. — BARDONNET (D.) : *Le tribunal des conflits, juge du fond*.
- TOME 23. — LESCUYER (G.) : *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*.
- TOME 24. — PEUREUX (G.) : *Le Haut Conseil de l'Union Française et le Conseil exécutif de la Communauté*. Epuisé.
- TOME 25. — LAMARQUE (J.) : *Recherches sur l'application du Droit privé aux Services publics administratifs*. Epuisé.



- TOME 26. — GOUR (C.-G.) : *Le Contentieux des Services judiciaires et le juge administratif.*
- TOME 27. — RUZIE (D.) : *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français.*
- TOME 28. — LESAGE (M.) : *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice.*
- TOME 29. — DEMICHEL (A.) : *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés.* 2 volumes. Epuisé.
- TOME 30. — WOLFF (G.) : *La trésorerie britannique.* Epuisé.
- TOME 31. — ROUSSEAU (G.) : *L'agent judiciaire du Trésor public.*
- TOME 32. — TROTABAS (J.-B.) : *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain.* Epuisé.
- TOME 33. — FROMONT (M.) : *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand.*
- TOME 34. — DI MALTA (P.) : *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique.*
- TOME 35. — LEFEBURE (M.) : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit anglais et français.*
- TOME 36. — AZAR (A.-A.) : *Genèse de la Constitution du 4 octobre 1958.*
- TOME 37. — PHILIP (L.) : *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises.*
- TOME 38. — DEBBASCH (C.) : *Procédure administrative contentieuse et procédure civile.* Epuisé.
- TOME 39. — DESFORGES (C.) : *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.*
- TOME 40. — NIZARD (L.) : *Les circonstances exceptionnelles dans la Jurisprudence administrative.*
- TOME 41. — OLLE-LAPRUNE (J.) : *La stabilité des ministres sous la III<sup>e</sup> République.*
- TOME 42. — BERNARD (P.) : *La notion d'ordre public en droit administratif.* Epuisé.
- TOME 43. — DOUC-RASY : *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français.* Epuisé.
- TOME 44. — GILLI (J.-P.) : *La cause juridique de la demande en justice.*
- TOME 45. — DUBOIS (L.) : *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative.* Epuisé.
- TOME 46. — COTTERET (J.-M.) : *Croissance et déclin du pouvoir législatif en France.* Epuisé.
- TOME 47. — MAZERES (J.-A.) : *Véhicules administratifs et responsabilité publique.*
- TOME 48. — ARNE (S.) : *Le Président du Conseil des Ministres sous la IV<sup>e</sup> République.*
- TOME 49. — LANDON (P.) : *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954.*
- TOME 50. — MAESTRE (J.-C.) : *La responsabilité pécuniaire des agents publics français.*
- TOME 51. — CHARNAY (J.-P.) : *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires.*
- TOME 52. — DAUMARD (J.) : *Les marchés industriels des Départements de l'Etat.*
- TOME 53. — DANAN (Y.-M.) : *La vie politique à Alger de 1940 à 1944.* Epuisé.
- TOME 54. — TIMSIT (G.) : *La nature et le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français.*
- TOME 55. — SENECHAL (M.) : *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées.*
- TOME 56. — SANDEVOIR (P.) : *Etudes sur le recours des pleines juridictions.*
- TOME 57. — CASTAGNE (J.) : *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative.* Epuisé.
- TOME 58. — BRETTON (Ph.) : *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles de la propriété privée.*
- TOME 59. — LINO DI QUAL (G.) : *La compétence liée.* Epuisé.



- TOME 60. — RENARD-PAYEN (O.) : *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux.*
- TOME 61. — FAVOREU (L.) : *Du Déni de justice en Droit public français.*
- TOME 62. — MONTAGNIER (G.) : *Le Trésorier-Payeur général.*
- TOME 63. — MARTIN-PANNETIER (M<sup>me</sup> Andrée) : *Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais.*
- TOME 64. — BAROUD : *La situation juridique des journalistes au Liban.*
- TOME 65. — LACHAUME (Jean-François) : *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français.* Epuisé.
- TOME 66. — EMERI (Claude) : *De la responsabilité de l'Administration à l'égard de ses collaborateurs.*
- TOME 67. — CATHALA (Thierry) : *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires.*
- TOME 68. — BATAILLER (F.) : *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel.* Epuisé.
- TOME 69. — SABOURIN (Paul) : *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français.*
- TOME 70. — VINCENT (F.) : *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives.*
- TOME 71. — SFEZ (Lucien) : *Essai sur la Contribution du doyen Hauriou au Droit administratif français.*
- TOME 72. — KLEIN (Claude) : *La police du domaine public.*
- TOME 73. — RAINAUD (Jean-Marie) : *La distinction de l'acte réglementaire et l'acte individuel.*
- TOME 74. — CHAUDET (J.-P.) : *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse.*
- TOME 75. — MOURGEON (Jacques) : *La répression administrative.*
- TOME 76. — BRAUD (Philippe) : *La notion de liberté publique et ses implications en droit français.*
- TOME 77. — BASSO (Jacques) : *Les élections législatives dans le département des Alpes-Maritimes de 1860 à 1939.*
- TOME 78. — LANG (Jack) : *L'Etat et le théâtre.*
- TOME 79. — ISAAC (Guy) : *La procédure administrative non contentieuse.*
- TOME 80. — CHARLES (Hubert) : *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français.*
- TOME 81. — DOUENCE (Jean-Claude) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration.*
- TOME 82. — WEBER (Yves) : *L'Administration consultative.*
- TOME 83. — LANDON (Pierre) : *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954.*
- TOME 84. — RONGERE (Pierrette) : *Le Procédé de l'Acte-type.*
- TOME 85. — DELPEREE (Francis) : *L'Elaboration du Droit disciplinaire de la fonction publique.*
- TOME 86. — MESNARD (A.-H.) : *L'Action culturelle des pouvoirs publics.*
- TOME 87. — SALON (Serge) : *Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique.*
- TOME 88. — DELVOLVE (Pierre) : *Le Principe d'égalité devant les charges publiques.*
- TOME 89. — AMAURY (Philippe) : *De l'information et de la propagande d'Etat, les deux premières expériences d'un « Ministère de l'Information » en France.*
- TOME 90. — GROSDIDIER de MATONS (J.) : *Le Régime administratif financier des ports maritimes.*
- TOME 91. — BECET (Jean-Marie) : *La Responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers.*
- TOME 92. — DENOYER (Jean-François) : *L'exploitation du domaine public.*
- TOME 93. — SCHWARTZENBERG (Roger-Gérard) : *L'autorité de chose décidée.*
- TOME 94. — TAGAND (Roger) : *Le régime juridique de la société d'économie mixte.*
- TOME 95. — VALTER (Gérard) : *Le régime de l'organisation professionnelle de la cinématographie.*

- TOME 96. — LALIGANT (Marcel) : *L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole.*
- TOME 97. — CHEVALLIER (Jacques) : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active.*
- TOME 98. — WIENER (Céline) : *Recherches sur le pouvoir réglementaire de ministres.*
- TOME 99. — GARRIGOU-LAGRANGE (Jean-Marie) : *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics.*
- TOME 100. — ETZION (David) : *Le Contrôle juridictionnel de l'administration en Israël.*
- TOME 101. — COLSON (Jean-Philippe) : *L'Office du Juge et la preuve dans le contentieux administratif.*
- TOME 102. — NEGRIN (Jean-Paul) : *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.*
- TOME 103. — MADIOT (Yves) : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte-mixte en droit public français.*
- TOME 104. — ESCARRAS (Jean-Claude) : *L'unité de juridiction en droit comparé (expériences belge et italienne).*
- TOME 105. — HEYMANN (Arlette) : *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie.*
- TOME 106. — PIEROT (Robert) : *Le statut de l'instituteur public.*
- TOME 107. — LOSCHAK (Danièle) : *Le rôle politique du juge administratif français.*
- TOME 108. — GAUDEMET (Yves) : *Les méthodes du juge administratif.*
- TOME 109. — BERN (Philippe) : *La nature juridique du contentieux de l'imposition.*
- TOME 110. — JACQUOT (Henri) : *Le statut juridique des plans français.*
- TOME 111. — BAYLE (Gabriel) : *L'enrichissement sans cause en droit administratif.*
- TOME 112. — BRECHON-MOULENES (Christine) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique.*
- TOME 113. — BLUMANN (Claude) : *La renonciation en droit administratif français.*

A mon Maître, M. le Professeur Jean RIVERO.



## PREFACE

*Lorsque le Conseil Constitutionnel nouveau-né parût, le cercle de la famille juridique n'applaudit pas à grands cris. Ses premiers pas connurent les réticences et les réserves des moins malveillants, les critiques, voire les sarcasmes des autres. Ceux qui tenaient pour attentatoire à la démocratie toute limitation apportée à l'absolutisme de la souveraineté parlementaire condamnaient en lui une pièce d'un ensemble institutionnel orienté tout entier vers cette limitation. Ceux qui avaient au contraire souhaité de longue date l'instauration d'une véritable Cour constitutionnelle ne la reconnaissaient pas dans le nouvel organe. Bien que quelques juristes au prestige incontesté lui eussent apporté de bonne heure la caution de leur présence, l'opinion moyenne, qui aime les schémas simplifiés, tendait à opposer, en un diptyque renouvelé des imageries pieuses où se font face les élus et les réprouvés, un Conseil d'Etat nimbé de toutes les auréoles du libéralisme, protecteur inflexible des citoyens contre l'arbitraire, et un Conseil Constitutionnel voué à l'opprobre, instrument docile de l'impérialisme gouvernemental vis-à-vis du Parlement. Le sentiment qu'il y avait quelque injustice dans ce manichéisme, dont quelques-uns seulement commençaient à s'évader, est sans doute à l'origine de l'ouvrage qu'on va lire. C'est d'une thèse, en effet, qu'il s'agit, et aux deux sens du mot, trop souvent dissociés : au sens universitaire, et au sens de la langue courante.*

*Au sens universitaire, une thèse est un ouvrage solidement documenté, appuyé sur des références exhaustives, qui s'efforce de ne rien laisser dans l'ombre touchant le sujet étudié. Au sens de la langue commune, une thèse est, sur une question controversée, une prise de position personnelle, que l'auteur s'efforce de faire partager au lecteur parce qu'elle reflète chez lui une conviction qu'il estime fondée. Le premier sens exclut la passion, ennemie de la froide rigueur scientifique, le second, au contraire, ne va pas sans un peu de chaleur et quelque combativité.*

*Dresser un tableau complet des cas dans lesquels les compétences respectives du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat se révèlent, soit convergentes, soit concurrentes, de telle sorte que des conflits puissent naître entre les deux jurisprudences, étudier pour*

chacun de ces chefs de compétence les solutions adoptées par les deux Conseils de manière à vérifier l'existence et l'ampleur de ces possibles conflits, c'étaient là des tâches nouvelles, d'une grande importance pour la pratique comme pour la doctrine, qui appelaient seulement l'étude objective des textes et des jurisprudences : beau sujet pour une thèse universitaire, dans laquelle la passion, qui n'eût pu que fausser l'analyse, n'avait pas sa place. Aussi l'auteur ne lui en a-t-il laissé aucune à ce stade de sa recherche. C'est pourquoi on peut se fier au tableau qu'il dresse, et à l'optimisme de ses conclusions touchant l'harmonie générale des deux jurisprudences.

Mais cette étude, qui donne à l'ouvrage son titre et son objet propre, supposait un préalable. « On ne compare que ce qui est comparable » : si le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction, comme beaucoup le soutiennent, si ses décisions n'ont pas la même nature que celles du Conseil d'Etat statuant au contentieux, la comparaison entre les unes et les autres est évidemment boiteuse. La confrontation des deux jurisprudences supposait donc que fut établi le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel.

C'est dans cette première partie que la thèse se fait combative, et que l'auteur s'érige en champion de la Haute instance victime à ses yeux d'un injuste discrédit. Appliquant aux deux Conseils les critères qu'il a dégagés dans une partie préliminaire, il confronte, tour à tour, leur composition, leur organisation, leur procédure, leurs décisions. Sur chacun de ces points, il croise le fer avec les thèses adverses qui déniaient ou qui marchandent au Conseil constitutionnel le caractère de juridiction. Et de bousculer au passage quelques idées reçues touchant l'indépendance statutaire des deux Conseils vis-à-vis du pouvoir, ou la technicité de leur recrutement. Les rapprochements avec les Cours constitutionnelles étrangères viennent en renfort. Sans doute, tous les arguments ne sont pas du même poids, tous les problèmes ne sont pas résolus avec une égale force convaincante. Pourtant, au terme de la démonstration, la cause paraît entendue.

Encore faut-il préciser, pour apprécier à leur juste valeur les positions de l'auteur, qu'elles furent définies bien avant la fameuse décision du 16 juillet 1971 proclamant l'inconstitutionnalité des modifications apportées par le Parlement à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur les associations. Par la vertu de cette décision, on sait que l'image du Conseil Constitutionnel s'est trouvée transformée. Les contempteurs se sont faits apologistes. On a loué l'indépendance du Corps dont, la veille, on dénonçait la docilité. Ceux qui avaient démontré l'impossibilité structurelle, pour le Conseil, d'une prise de position qui ne reflétait pas la volonté du pouvoir ont eu le bon esprit d'applaudir le démenti infligé à leur démonstration. Claude Franck, quant à lui,

*n'eût qu'à recueillir avec allégresse la confirmation que l'événement apportait à la sienne.*

*Aussi bien, la décision de 1971, quel que fût son retentissement, ne pouvait surprendre ceux qui, comme l'auteur, avaient pris la peine de suivre la formation d'une jurisprudence nuancée, qui, contrairement aux idées préconçues, n'avantageait pas de façon systématique la compétence de l'exécutif au détriment de celle du Parlement. De ce point de vue, la convergence relevée ici entre cette jurisprudence et celle du Conseil d'Etat, qui n'a jamais encouru pareil reproche, parachève et confirme les démonstrations des premiers exégètes de l'œuvre du Conseil constitutionnel.*

*Que, à ses débuts, le Conseil se soit montré soucieux de se cantonner strictement dans l'application du texte qui fondait son existence et ses compétences, comment s'en étonner ? Une institution naissante doit se faire accepter, et trouver sa place dans le réseau complexe de celles, parfois sourcilleuses, qui l'ont précédée. L'insertion d'une juridiction constitutionnelle dans le tissu politique et juridique français était une telle innovation qu'un phénomène de rejet eût fort bien pu se produire si le Conseil, d'emblée, avait cédé à la tentation d'affirmer sa puissance. Sa prudence initiale rejoint celle du Conseil d'Etat de la Restauration : après tout, l'abandon de la théorie du mobile politique s'est fait attendre plus de soixante ans !*

*Certes, tout n'est pas pour le mieux dans la meilleure des juridictions constitutionnelles possibles. Des réformes sont souhaitables, et l'auteur ne manque pas de les suggérer. Il reste qu'en quinze ans, le principe d'un organe juridictionnel régulateur des pouvoirs publics a réussi à s'imposer dans le pays qui, paradoxalement, s'était toujours refusé à parachever ainsi l'édifice de l'Etat de droit. Ce n'est pas un mince résultat. Imagerie pour imagerie, le diptyque que l'on évoquait en commençant, et dont l'injuste simplisme a peut-être été à l'origine de ce livre, s'efface devant l'allégorie plus réconfortante des deux Conseils harmonisant leur action pour affermir le règne de la Loi, qui a grand besoin de l'être dans la France de 1973.*

*La thèse de Claude Franck n'a heureusement pas besoin, pour retenir l'attention du lecteur, de cette illustration liminaire — dont on voit mal quel disciple attardé de Puvion de Chavannes pourrait la signer aujourd'hui ! — ni même du témoignage de celui qui, ayant eu la bonne fortune d'en suivre l'élaboration, a pu mesurer la solidité de l'information qu'elle apporte, la vigueur de ses analyses, et la qualité de son auteur.*

Jean RIVERO,

Professeur à l'Université de Droit,  
d'Economie et de Sciences sociales de Paris

## ABREVIATIONS

|             |                                                            |
|-------------|------------------------------------------------------------|
| A.J.D.A.    | Actualité juridique (Droit administratif)                  |
| A.F.D.I.    | Annuaire français de droit international                   |
| A.N.        | Assemblée nationale                                        |
| Cass. Civ.  | Cour de cassation, Chambre civile                          |
| Cass. Crim. | Cour de cassation, Chambre criminelle                      |
| Chr.        | Chronique                                                  |
| C.C.        | Conseil constitutionnel                                    |
| C.C.P.      | Commission constitutionnelle provisoire                    |
| C.E.        | Conseil d'Etat                                             |
| D.          | Dalloz                                                     |
| D.S.        | Droit social                                               |
| E.D.C.E.    | Etudes et documents du Conseil d'Etat                      |
| J.C.P.      | Jurisclasseur périodique                                   |
| J.O.        | Journal Officiel                                           |
| N.E.D.      | Notes et Etudes documentaires (la documentation française) |
| Rec.        | Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon)               |
| Rec. C.C.   | Recueil des arrêts du Conseil constitutionnel              |
| R.A.        | Revue Administrative                                       |
| R.F.S.P.    | Revue du Droit public et de la science politique           |
| R.D.P.      | Revue générale de droit international public               |
| R.G.D.I.P.  | Revue française de science politique                       |
| R.I.D.C.    | Revue internationale de droit comparé                      |
| R.I.S.A.    | Revue internationale des sciences administratives          |
| R.P.D.A.    | Revue pratique de droit administratif                      |
| R.S.F.      | Revue de science financière                                |
| S.          | Sirey                                                      |
| Sén.        | Sénat                                                      |
| T.C.        | Tribunal des conflits.                                     |





## INTRODUCTION

L'institution d'un Conseil Constitutionnel a été l'une des créations les plus importantes de la Constitution de 1958. Outre ses attributions consultatives, qui seront laissées en dehors du champ de la présente étude, ce Conseil est à la fois juge de constitutionnalité et juge du contentieux électoral et référendaire. Comme juge de constitutionnalité, il connaît tantôt du seul contrôle de la délimitation des compétences législative et réglementaire (articles 37 al. 2 et 41 de la Constitution), tantôt du contrôle, antérieurement à leur promulgation, des actes législatifs — lois, lois organiques et règlements des Assemblées parlementaires — et des engagements internationaux (articles 54 et 61). Comme juge du contentieux électoral et référendaire, il a compétence pour connaître des élections à la Présidence de la République (article 58), aux Assemblées parlementaires (article 59) et des opérations de référendum (article 60).

Portant donc sur une partie non négligeable de notre droit public, les compétences du Conseil Constitutionnel sont-elles exclusives de celles de tout autre organe ? Plus précisément, les textes ont-ils été rédigés avec assez de minutie pour éviter des conflits de compétence ou de fond avec le Conseil d'Etat, qui est également juge de la délimitation des compétences législative et réglementaire ainsi que d'une partie du contentieux électoral ?

Lorsque l'un des deux Conseils ne connaît pas d'une matière à titre exclusif, le contentieux de celle-ci est soit divisé entre eux, soit confié aux deux à la fois. Dans la première hypothèse, les compétences se concurrencent, dans la seconde, elles convergent.

L'objet de la présente étude est de rechercher si ces compétences communes aux deux Conseils aboutissent à l'exercice par ceux-ci d'une fonction juridictionnelle convergente et, dans l'affirmative, de comparer les solutions jurisprudentielles dégagées par les deux Conseils dans l'exercice de cette fonction juridictionnelle convergente. Une réserve s'impose cependant d'emblée : on ne peut en effet comparer que ce qui est effectivement comparable. Or si la

nature et le caractère des décisions rendues par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, ne sont pas discutés, il n'en va pas de même de celles du Conseil Constitutionnel. Une partie importante de la doctrine s'est refusée à voir dans cette haute Instance une véritable juridiction et à reconnaître aux décisions émanées d'elle le caractère juridictionnel (1). D'autres auteurs ont adopté une position plus nuancée et défendu le caractère mi-politique et mi-juridictionnel (2) du Conseil Constitutionnel. Tout en étant le premier à y voir une juridiction, M. Léo Hamon lui attribuait un caractère plus politique que juridictionnel (3). Ce n'est que de nombreuses années après sa création que la haute Instance se verra reconnaître le caractère de juridiction constitutionnelle par un représentant de la doctrine (4).

Comme les controverses à ce sujet sont loin d'être closes, une partie préliminaire sera consacrée à la notion et à l'historique de la juridiction constitutionnelle. Il sera ensuite procédé, dans une première partie, à la détermination de la nature et du caractère de la fonction du Conseil Constitutionnel au regard de celles du Conseil d'Etat.

Après quoi, une deuxième partie comparera les solutions jurisprudentielles dégagées par les deux Conseils dans l'exercice de leurs fonctions convergentes.

---

(1) Cf. notamment en ce sens :

M. Duverger : « Institutions politiques et droit constitutionnel », p. 816.

M. Prélot : « Institutions politiques et droit constitutionnel », p. 820.

G. Burdeau : « Institutions politiques et droit constitutionnel », p. 109.

R. Odent : « Contentieux administratif ». Il faut toutefois remarquer que la position actuelle de M. Odent (cours 1970-71, pp. 176-177) est beaucoup moins tranchée que sa position initiale (cours 1965-66, p. 106).

Fr. Batailler : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », p. 41.

(2) Cf. notamment G. Vedel : articles in « Le Monde » des 20-1-1960 et 14-9-1961 et J.-P. Charnay : « Le contrôle de la régularité des élections législatives », p. 74.

(3) Cet auteur soulignait : « Le Conseil Constitutionnel, plus encore qu'une juridiction est, avant tout un élément d'équilibre politique par le recours au droit en des occasions variées, à travers lesquelles doit se manifester la constance d'une haute autorité morale », note au D. 1962.467, sous c.c. 23 déc. 1960. Se reporter également à l'article de MM. Hamon et Eisenmann : « La juridiction constitutionnelle en droit français » (Colloque de Heidelberg, 1962).

(4) L. Favoreu : « Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », R.D.P. 1967.5.

## PARTIE PRÉLIMINAIRE

Avant de dire du Conseil Constitutionnel qu'il exerce la fonction de juge constitutionnel, il faut s'entendre sur l'acception précise de ces deux termes. Les critères du caractère juridictionnel d'un organe feront donc l'objet d'un premier chapitre, après quoi on s'efforcera de déterminer la notion de juge constitutionnel et de montrer ce qui différencie ce dernier du juge de droit commun. Enfin un dernier chapitre sera consacré à un rappel des diverses expériences françaises de juridiction constitutionnelle.





## CHAPITRE I

### LES CRITERES DU CARACTERE JURIDICTIONNEL D'UN ORGANE

Il n'existe ni en doctrine, ni en jurisprudence, un critère unique du caractère juridictionnel d'un organe (1). Seule l'existence d'un texte législatif a traditionnellement constitué l'unique fondement incontestable de l'institution d'une juridiction mais comme la volonté du législateur (2) est rarement exprimée de façon indubitable, le juge se trouve dans l'obligation de rechercher les critères de la fonction juridictionnelle.

La tâche de la jurisprudence est d'autant plus malaisée que certains organes cumulent l'exercice des fonctions juridictionnelles et administratives. On ne peut donc presque jamais se fonder sur l'activité principalement juridictionnelle d'une institution pour en conclure que toutes les décisions qui en émanent sont juridictionnelles et qu'elle a un caractère exclusif de juridiction. Jusqu'à la réforme de 1953, les Conseils de Préfecture, tantôt jugeaient, tantôt éclairaient les Préfets de leurs avis. La Cour des Comptes fonctionne comme juridiction lorsqu'elle statue sur les comptes des comptables publics mais exerce un contrôle administratif sur les ordonnateurs par l'émission de déclaration de conformité (3). Les Conseils des ordres professionnels sont des juridictions lorsqu'ils statuent en matière disciplinaire et des autorités administratives lorsqu'ils se prononcent en toute autre matière (4).

Sans entrer dans tous les détails de la définition de la juridiction et de l'acte juridictionnel (5), on se bornera à rappeler brièvement

---

(1) Dans ses conclusions sous C.E. 17 avril 1953, Falco et Vidaillac (R.D.P. 1953.448), M. Donnedieu de Vabres a noté : « la définition de la juridiction a souvent été esquissée par les auteurs mais ne s'est jamais traduite par un critère unique ».

(2) C.E. 2 juin 1911, de Pressensé, D. 1913.III.117.

(3) Loi du 16 septembre 1807.

(4) C.E. 12 déc. 1953 de Bayo, R.P.D.A. 1954. 3. Concl. Chardeau. C.E. 16 déc. 1955, Epx Deltel, D. 1956.44, concl. Laurent.

(5) On se reportera à ce sujet à :

dans ce chapitre le sens et la portée des principaux critères jurisprudentiels dans la seule mesure où ceux-ci sont nécessaires à la détermination de la nature des fonctions du Conseil constitutionnel.

## SECTION I

### LES CRITERES ORGANIQUES ET FORMELS

Bien que la doctrine et la jurisprudence ne reconnaissent à ces critères qu'un rôle subsidiaire par rapport aux critères matériels, leur importance ne saurait être méconnue, s'agissant de la détermination du caractère des fonctions du Conseil constitutionnel et ce, pour deux raisons.

D'une part c'est la constitution elle-même, complétée par une loi organique, qui établit la composition et l'organisation du Conseil, laissant par ailleurs à celui-ci le soin de déterminer l'essentiel des règles de procédure applicables devant lui. D'autre part le Conseil constitue à lui seul un ordre unique de juridiction, dont le contrôle s'exerce par référence à la norme suprême, la Constitution. De fait les nombreuses controverses qui n'ont cessé de se développer autour du caractère des fonctions du Conseil, se sont nourries d'arguments tirés surtout des critères organiques et formels (6).

#### § 1. — *Le critère organique tiré de l'organisation et de la composition de l'institution.*

Ce critère, défendu par quelques représentants de la doctrine, n'a été que très rarement retenu par la jurisprudence. Il a d'ailleurs donné lieu à deux acceptions, celle de la notion d'affectation spéciale

---

M. Waline : « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle. » R.D.P. 1928.441.

R. Bonnard : « La conception matérielle de l'acte juridictionnel » in Mélanges Carré de Malberg, p. 3.

P. Lampué : « La notion d'acte juridictionnel », R.D.P. 1946.5.

(6) Les adversaires de la nature juridictionnelle du Conseil Constitutionnel ont fondé l'essentiel de leur argumentation sur l'organisation et la composition de la haute Instance. Cette thèse a été reprise par certains milieux politiques et a rencontré un large écho auprès de l'opinion publique, comme en témoigne la publication récente d'un livre destiné au public cultivé, dans lequel on peut lire notamment : « La Constitution de 1958 a créé un Comité Constitutionnel (« sic ») qui est un organe politique composé pour l'heure de telle sorte que sa soumission au Chef de l'Etat ne fasse pas problème » Charles Laroche-Flavin : « La machine judiciaire », p. 99 (Paris 1968).

à l'examen des questions juridictionnelles et celle de l'indépendance fonctionnelle.

A. — La notion d'affectation spéciale à l'examen des questions juridictionnelles.

1) La doctrine.

a) Pour Carré de Malberg, la fonction juridictionnelle est celle qui relève des tribunaux judiciaires et des « autorités administratives spécialement affectées à l'examen des questions juridictionnelles » (7).

b) Mais ce critère tiré du mode d'organisation des autorités publiques est, en réalité, insuffisant pour rendre compte du droit positif. Deux objections majeures peuvent lui être adressées. D'une part la justice administrative n'est pas dispensée par les seuls organismes auxquels les lois ont donné un aménagement qui les fait ressembler plus ou moins complètement aux tribunaux traditionnels, qui sont ceux de l'ordre judiciaire. D'autre part certaines autorités qui présentent les traits classiques de l'organisation des tribunaux, ne sont pas cantonnées, quant à leur activité, dans une tâche consistant à rendre des jugements. Cette remarque s'applique également aux tribunaux judiciaires. Comme le souligne M. Lampué : « Cela tient à ce que la répartition des tâches entre les différents organes publics ne correspond pas à la division matérielle des fonctions déterminées par l'analyse juridique et que plusieurs organes remplissent fréquemment une même fonction » (8).

Sensible à la pertinence de ces critiques, Carré de Malberg, a dû ajouter au critère organique, le critère formel tiré des « formes distinctes ».

2) La jurisprudence.

a) Les juges n'ont fait que très rarement usage de ce critère qu'ils ont même totalement ignoré avant 1940, à l'exception du seul arrêt Leroux (9). La prise en considération du critère organique est apparue avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Léonard, sous l'arrêt Bugnet (10). Très rares sont cependant les décisions qui en font explicitement le critère de l'acte juridictionnel (11). Sur-

---

(7) « Contribution à la théorie générale de l'Etat », tome I, pp. 768 et 777.

(8) Art. cité, p. 34.

(9) C.E. 12 juillet 1929, Rec. p. 710.

(10) C.E. 19 février 1943, D.S. 1943.173, concl. Léonard.

(11) C.E. 31 juillet 1948, Cie d'assurances Le Patrimoine, D. 1948.III.96 et 17 mai 1957, Simonet, Rec. p. 314 et D. 1957.580, note Jeanneau.



tout, il n'a jamais été retenu seul, mais toujours concurremment avec d'autres (12). Ainsi, dans le célèbre arrêt d'Allières (13), le Conseil d'Etat retient pour la première fois expressément, mais conjointement avec d'autres, le critère tiré de l'organisation et de la composition de l'organe. Il en déduit le caractère juridictionnel « de l'en-semble des dispositions relatives au jury d'honneur, et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs que le recours en révision dont il peut être saisi ».

Dans d'autres arrêts, la Haute assemblée a utilisé ce critère que l'on retrouve également dans certaines conclusions de commissaires du Gouvernement (14).

b) Le critère organique n'en reste pas moins très accessoire et d'une valeur d'autant plus incertaine que certaines décisions l'ont expressément écarté. C'est ainsi que dans son arrêt Falco et Vidailac (15), la Haute assemblée a précisé :

« Considérant que ni la circonstance... ni le fait que le bureau préposé par l'article 7 de la loi du 1<sup>er</sup> février 1947, à la vérification des résultats des opérations électorales et à la proclamation de ces résultats, est uniquement composé de représentants de la magistrature, et notamment du premier président et des présidents de chambre de la Cour de Cassation, n'ont en effet pour conséquence de retirer audit bureau, dont les décisions n'ont d'ailleurs pas le caractère juridictionnel, le caractère d'autorité administrative qu'il tient de la mission même qui lui est confiée. »

## B. — Le critère de l'indépendance fonctionnelle.

### 1) La doctrine.

Kelsen et Merkl ont été les défenseurs de cette théorie :

« En matière judiciaire, écrit Kelsen, la règle supérieure ne peut déter-miner le contenu concret de la règle inférieure... les Tribunaux sont en principe indépendants, les autorités administratives ne le sont pas » (16).

(12) Se reporter à la thèse de M. Arnaud : « Les commissions administratives à caractère juridictionnel » (Paris 1938).

(13) C.E. 7 février 1947, R.D.P. 1947.68, concl. Odent, note Waline, J.C.P. 1947.II.3508, note Morange.

(14) Cf. concl. Guionin sous 25 juillet 1952, Gingold et Fournier (D. 1953.188) et 27 janvier 1950, Legrand, Billard (S. 1950.III.41).

(15) Précité, cf. également C.E. 17 mai 1957 Simonet, Rec. 314, concl. Heumann.

(16) « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », R.D.P. 1926, p. 611.

Précisant cette idée, Merkl ajoutait :

« Les organes de la fonction juridictionnelle ne sont pas hiérarchisés « en ce sens qu'ils n'ont pas d'ordres à exécuter dans l'exercice de leur « mission. L'organisation des tribunaux ignore le pouvoir d'instruction « qui permet aux chefs de l'administration de dessaisir leurs subor- « donnés » (17).

Ces définitions, qui se rattachent logiquement à la théorie kelsénienne de la construction du droit par degrés, n'ont pas manqué de soulever des objections sérieuses. C'est ainsi que d'autres tâches bénéficient également de l'indépendance fonctionnelle sans se voir reconnaître pour autant le caractère juridictionnel (18).

L'insuffisance du seul critère organique a conduit certains auteurs à tenter d'introduire l'élément de procédure dans la définition de la fonction juridictionnelle.

## 2) La jurisprudence.

Celle-ci s'est, dans l'ensemble, fort peu attachée à la notion d'indépendance fonctionnelle. C'est à peine si certains Commissaires du Gouvernement y ont fait une brève allusion dans leurs conclusions (19). La Haute Assemblée l'a définitivement écartée dans sa célèbre décision Falco et Vidaillac (20) en estimant que le fait qu'un bureau de vote soit composé des plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et statue par conséquent en toute indépendance, est sans influence sur le caractère des décisions par lui rendues.

## § 2. — *Le critère formel tiré de l'existence des « formes distinctes »*

### A. — La doctrine.

Ce critère, qui repose entièrement sur la procédure de l'organe en cause, a été dégagé par Carré de Malberg, lorsque celui-ci prit

---

(17) Merkl : « Allgemeines Verwaltungsrecht », 1927, p. 36.

(18) C'est notamment le cas des jurys d'examen et des organes de la décentralisation locale.

(19) Cf. notamment, concl. sous C.E. 30 juillet 1946 (S. 1949.29) et 7 février 1947, d'Allières (R.D.P. 1947.68).

(20) C.E. 17 février 1953, S. 1953.3.33, note Mathiot D. 1953.683, note Eisenmann - R.D.P. 1953.448, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline. G.P. 1953.1.300. Concl. Donnedieu de Vabres. J.C.P. 1953.II.7598, note Vedel. R.A. 1953.265. note Liet-Vaux.

conscience de la faiblesse du seul critère organique. « La juridiction, » écrit-il, se distingue essentiellement de l'administration par ses « formes destinées à garantir aux justiciables la haute valeur de » la sentence du Juge » (21).

Mais l'insuffisance de ce dernier critère a été mise en évidence. On ne saurait notamment dire que la procédure révèle le caractère de l'organe puisque c'est précisément ce caractère qui conditionne la procédure. C'est ainsi que toute procédure inspirée du mode traditionnel de fonctionnement des tribunaux judiciaires peut être absente, dans l'exercice de ce qui n'en est pas moins la fonction juridictionnelle. Tel était notamment le cas des opérations accomplies par les Assemblées législatives comme juge de la régularité des élections parlementaires.

De même les formes classiques de la procédure contentieuse se rencontrent dans d'autres opérations que celles qu'accomplissent les Juges (22).

M. Lampué en a très justement conclu :

« Si l'aménagement de la procédure peut être un des indices de la » volonté qu'a le législateur de conférer un certain caractère à un acte, » il ne peut être retenu comme constituant le critère de l'acte juridic- » tionnel, soit à lui seul, soit en se combinant avec un élément orga- » nique » (23).

## B. — La jurisprudence.

1) Si le Juge s'est souvent inspiré du caractère juridictionnel de l'organe pour lui imposer une procédure juridictionnelle, on trouve peu de cas dans lesquels il déduit expressément de la procédure juridictionnelle imposée à l'organe, son caractère de juridiction. Depuis la Libération, une procédure quasi-juridictionnelle a été imposée à des organes purement administratifs : la valeur du critère formel en a été diminuée d'autant.

Les arrêts dans lesquels la jurisprudence déduit expressément, de la procédure imposée à l'organe, son caractère juridictionnel, sont rares. Le laconisme des décisions du Conseil d'Etat n'a plus laissé place à une formulation aussi nette que celle exprimée dans l'arrêt Leroux (24) :

---

(21) Op. cit. tome I, p. 782.

(22) C'est ainsi, par exemple, que le contentieux disciplinaire présente une tendance de plus en plus marquée à la juridictionnalisation.

(23) Article cité, p. 49.

(24) C.E. 12 juillet 1929, Rec. p. 710.

« Que ladite Chambre statue d'autre part selon une procédure juridictionnelle ; qu'elle constitue dès lors une juridiction administrative « spéciale. »

Mais certains Commissaires du Gouvernement y font parfois appel (25). Dans ses conclusions sous l'arrêt Falco et Vidaillic, M. Donnedieu de Vabres lui a même reconnu une certaine primauté :

« Or, s'il est parmi les différents critères de la juridiction, un seul qui « se détache parmi les autres et qui pourrait, à notre avis, être retenu « comme décisif, c'est bien celui de la procédure contradictoire » (26).

2) En revanche certaines décisions ont explicitement écarté tout recours au critère formel (27). Dans sa célèbre décision de Bayo, le Conseil d'Etat a affirmé :

« Considérant que les décisions prises en la matière des inscriptions au « tableau n'ont pas, eu égard à la nature de cette matière et quelles que « soient les formes dans lesquelles elles interviennent, le caractère de « décisions rendues par une juridiction » (28).

## SECTION II

### LES CRITERES MATERIELS ET LE CRITERE TIRE DE L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE

#### § 1. — *Les critères matériels*

Ces critères sont au nombre de trois. L'accent étant mis tantôt sur l'objet, tantôt sur la structure et tantôt sur le but de l'acte.

---

(25) Concl. Delvolvé sous C.E. 4 janvier 1952, Pourcelet (D. 1952.1.304) et Léonard sous Bugnet précité.

(26) Concl. précitée.

(27) Cf. notamment C.E. 7 déc. 1949, Stone, Rec. p. 530 et 16 déc. 1955, Epoux Deltel, Rec. p. 592, D. 1956.44, concl. Laurent, R.D.P. 1956.150, note Waline et A.J.D.A. 1956.II.243, note Copper-Royer.

(28) Arrêt précité.



### A. — L'acte juridictionnel défini d'après son objet.

Le critère tiré de l'objet de l'acte a subi, en doctrine comme en jurisprudence, une évolution importante. Fondé à l'origine sur le concept de mise en cause d'un droit subjectif, il a été ensuite défini par la notion de contestation.

#### 1) La doctrine.

##### a) L'ancienne notion de mise en cause d'un droit subjectif.

On ne la rappellera ici que pour mémoire car elle ne présente dans l'étude de la juridiction constitutionnelle qu'un intérêt historique. Duguit (29) et Jèze (30) l'ont développée dans le premier état de leur pensée. Pour ces auteurs, il y a acte juridictionnel lorsqu'un droit subjectif mis en cause, fait l'objet d'une constatation. L'insuffisance de ce critère avait été antérieurement soulignée par Aucoc (31) qui avait démontré que ni les décisions relevant du contentieux de l'excès de pouvoir, ni les jugements des tribunaux répressifs ne se rapportaient à la mise en cause d'un droit subjectif.

##### b) La définition fondée sur l'existence d'une contestation.

Le Doyen Bonnard s'est fait le théoricien de cette conception. S'efforçant d'élargir la notion de litige, il écrivait :

« Il faut prendre l'idée de contestation dans le sens large d'opposition « et de résistance et non pas dans le sens étroit qu'elle possède dans le « procès entre parties » (32).

Ainsi entendue, cette nouvelle définition est particulièrement importante s'agissant de la détermination de la nature du Conseil Constitutionnel car elle permet de reconnaître le caractère juridictionnel à un acte qui a pour objet de trancher une opposition portant sur le droit objectif.

Mais elle ne saurait pourtant, à elle seule, suffire à définir l'acte juridictionnel. Outre la Cour des Comptes, qui rend des jugements

---

(29) Duguit : « L'Etat, le droit objectif et la loi positive », p. 416 (éd. 1901).

(30) Jèze : « Principes », t. III, p. 269 (éd. 1903).

(31) Aucoc : « Conférences », t. I, p. 458. Il est intéressant de noter que l'analyse d'Aucoc est antérieure à l'abandon de la théorie du ministre-juge, abandon qui limitait considérablement la portée de la notion de « litige sur les droits subjectifs ».

(32) R. Bonnard : « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in « Mélanges Carré de Malberg », p. 23.



indépendamment de toute contestation, il peut encore y avoir un contentieux sans juridiction. Ainsi le jugement arbitral et surarbitral, même lorsque les parties soumettent leur litige à un arbitre, n'est pas toujours un acte juridictionnel (33). Le fait de trancher des litiges nés de l'opposition de deux prétentions, s'il est caractéristique du contentieux, ne l'est pas nécessairement de la juridiction.

## 2) La jurisprudence.

a) La vieille notion de mise en cause d'un droit subjectif, consacrée par des décisions anciennes, dont la plus célèbre a été rendue sur le recours de la Société de Navigation à vapeur du Lloyd de Trieste (34), n'est toujours pas abandonnée, ainsi qu'en témoigne l'arrêt Vallaeys et Libermann (35). Cependant les décisions fondées sur le concept de contestation sont de plus en plus nombreuses.

b) L'idée selon laquelle l'acte juridictionnel tranche une contestation a été retenue par de nombreux arrêts (36). Dans ses conclusions sur l'arrêt Bugnet (37), le Commissaire du Gouvernement Léonard y a vu un critère nécessaire mais non pas suffisant de l'acte juridictionnel :

« L'un des éléments qui permet de conclure à la nature juridictionnelle des décisions... réside dans l'existence d'une contestation, d'un litige. »

Cette analyse a été retenue par de nombreux arrêts (38) et si des décisions postérieures (39) ont fait à nouveau prédominer l'exis-

(33) Cf. à ce sujet G. Peiser : « Le recours en cassation en droit administratif français », p. 206 (thèse Nancy, édition Dalloz, Paris, 1958).

(34) Dans cette célèbre affaire, il était demandé au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir un décret rejetant la requête du Conseil des Prises, déclarant bonne et valable la capture du navire « Marienbad ». La Haute Assemblée précisa à cette occasion : « Considérant que le règlement des prises maritimes n'est pas laissé à la libre administration de l'autorité administrative, que le Conseil des Prises et le Président de la République en Conseil d'Etat qui en sont chargés, étant appelés à examiner les droits respectifs des intéressés, statuent comme de véritables juridictions et que, nonobstant la procédure qui est suivie; ... les décisions qui interviennent soit en première instance, soit en appel, ont ainsi le caractère de jugement ».

(35) C.E. 2 avril 1954, S. 1954.III.109, note Drago.

(36) Cf. notamment C.E. 19 nov. 1924, Dussigne, D.H. 1925.8; 23 janv. 1935, Derville, Rec. p. 83; 26 mai 1948, Numa James, Rec. p. 234; 16 juin 1949, Faveret, Rec. p. 288; 16 octobre 1953, Bose, Rec. p. 440.

(37) C.E. 19 février 1943, D.S. 1943, p. 173.

(38) Cf. notamment concl. Guionin sous C.E. 12 janvier 1951, Union

tence d'une contestation, le critère de l'objet est loin d'être absolument décisif pour la détermination du caractère juridictionnel de l'acte.

## B. — L'acte juridictionnel défini d'après sa structure.

### 1) La doctrine.

Après avoir abandonné leurs conceptions premières (40), Duguit et Jèze ont essayé de caractériser l'acte juridictionnel comme un complexe de plusieurs éléments.

a) L'acte juridictionnel défini comme un complexe de deux éléments.

Léon Duguit voit désormais dans l'acte juridictionnel un complexe de deux éléments : la constatation qu'une atteinte a été ou n'a pas été portée à la loi ou à une situation juridique et d'autre part la décision prise en conséquence de cette constatation :

« L'acte juridictionnel doit son caractère spécifique à ce qu'il est une « manifestation de volonté, conséquence logiquement nécessaire d'une « constatation dans le domaine du droit objectif ou du droit subjectif » (41).

Pour Scelle, l'acte de juridiction s'épuise par la constatation de la conformité de situation juridique avec la règle de droit (42). Ces critères furent précisés par Vizios qui les caractérisait comme :

« une prétention d'ordre juridique... résolue au moyen d'une constatation certaine, suivie d'une décision qui, partant de la constatation a « pour objet de la réaliser, de lui assurer son efficacité pratique » (43).

Mais auparavant Jèze avait ajouté aux deux éléments précédents un troisième, celui de la force de vérité légale.

Commerciale de Bordeaux-Bassens, D. 1951.335 et concl. Chardeau sous de Bayo précité.

(39) C.E. 27 mars 1959, Sté Nordmann, Rec. p. 319, 3 novembre 1961, Association des instituts spécialisés, A.J.D.A. 1961, Chr. Jur. 603.

(40) Cf. ci-dessus, p. 20.

(41) Duguit : « Traité de droit constitutionnel », tome I, p. 449.

(42) « Précis de droit des gens », tome I, p. 19. Cf. également « La fonction juridictionnelle » (Cours de droit [1944-45]).

(43) « Études de procédure », pp. 49 et 50 (Paris 1931).

b) La constatation munie de la force de vérité légale.

Le troisième élément ainsi introduit par Gaston Jèze est, en réalité, d'ordre formel. Cet auteur insistait d'ailleurs sur la détermination légale de ce facteur :

« C'est le législateur qui décide arbitrairement que, dans tels cas, la « constatation faite, par tel individu, aura force de vérité légale. Il « dépend donc du législateur que telle constatation soit ou non un acte « juridictionnel » (44).

En privilégiant le concept de force de vérité légale, Jèze renonçait à mettre l'accent sur les autres éléments de l'acte. Sa définition de l'acte juridictionnel ne se fonde donc plus sur les seuls critères matériels.

2) La jurisprudence.

La définition doctrinale n'est que très partiellement confirmée par l'examen de la jurisprudence. Si certaines décisions se bornent en effet à constater des droits préexistants (45), d'autres créent du droit nouveau.

L'obligation faite au juge de statuer sur les affaires dont il est saisi a pour corollaire qu'il dit le droit tout autant *secundum legem* que *praeter legem*. La jurisprudence illustre ainsi le caractère partiel du critère de l'acte administratif tiré du complexe constatation-décision.

C. — L'acte juridictionnel défini d'après son but.

1) La doctrine.

A la suite de la doctrine allemande (46), certains auteurs se sont efforcés de démontrer que l'acte juridictionnel correspond à la réa-

---

(44) « Les principes généraux du droit administratif », t. I, p. 48.

(45) Les exemples jurisprudentiels cités par Duguit à l'appui de sa démonstration confirment bien qu'*a contrario*, le juge peut ne pas se borner à constater des droits et à consacrer ceux-ci : le doyen de Bordeaux citait en effet un cas limite : celui des nombreux arrêts rendus en matière de dérogations à la loi de 1906 sur le repos hebdomadaire (C.E. 30 nov. 1906, p. 863). Cette loi prévoyait un certain nombre de cas de dérogations qu'il appartenait aux requérants éventuels de faire constater par le Conseil d'État. Il s'agissait donc d'une espèce particulière.

(46) Cf. notamment O. Mayer : « Le droit allemand », t. I, p. 6 (éd. française, Paris 1906) et Jellinek : « L'Etat moderne et son droit », t. II, p. 317 (éd. Française, Paris 1911).

lisation d'une fonction tendant uniquement au maintien de l'ordre juridique en vigueur alors que l'acte administratif constituerait l'exercice d'une fonction agissante pour les intérêts de l'Etat. Ce thème introduit en France par M. Artur (47), n'a pas résisté aux critiques qu'il a suscitées.

M. Lampué (48) fait valoir, à juste titre, que la distinction entre les buts de droit et les buts d'intérêt est artificielle et même arbitraire. C'est ainsi que l'institution des tribunaux correspond au même but que d'autres services publics comme la police. Soucieux d'échapper à cette critique, tout en conservant le critère tiré du but de l'acte, deux juristes ont avancé l'idée que l'acte juridictionnel aurait pour mission d'assurer un meilleur contrôle de l'application du droit.

Pour M. Guillien (49), la juridiction consiste dans « le contrôle de l'exécution du droit ». M. Chaumont (50) a précisé cette définition en soulignant que le but de la fonction de juger « n'est pas de réaliser « la perfection logique dans l'ordre juridique, mais bien plutôt d'en « rétablir la santé, la régularité. »

Ainsi entendu le critère tiré du but de l'acte juridictionnel s'il est trop large et trop imprécis pour pouvoir constituer le fondement théorique de l'acte juridictionnel, peut néanmoins fournir une indication quant à la nature de cet acte.

## 2) La jurisprudence.

C'est principalement en matière de détermination de la nature des actes émis par les ordres professionnels que le critère du but s'est imposé. L'interprétation finaliste s'est attachée à la nature de la mission assignée à l'organe, ainsi qu'en témoignent les conclusions sur l'arrêt de Bayo (51) et les termes mêmes de l'arrêt Deltel (52) qui précise qu'un organisme est réputé administratif « en raison notamment de la mission qui lui est confiée ». Récemment ce critère a été retenu à titre principal, sinon exclusif, par l'arrêt l'Etang (53). Mais la définition fondée sur le but de l'acte est inséparable de celle qui repose sur son objet car elle part de l'idée qu'à

---

(47) Artur, R.D.P. 1900, p. 237.

(48) Article cité p. 27.

(49) Guillien : « L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée », p. 59.

(50) « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », R.D.P. 1942, p. 93.

(51) Arrêt précité.

(52) Ibid.

(53) C.E. 12 juillet 1969, A.J.D.A. 1969, 567.



un objet précis correspond un but déterminé. Elle ne peut donc présenter qu'un intérêt subsidiaire.

## § 2. — *L'autorité de chose jugée et les voies de recours*

### A. — La doctrine.

1) Si la grande majorité de la doctrine a reconnu l'importance du critère tiré de l'autorité de chose jugée, seuls Jèze et ses disciples en ont fait le critère unique de l'acte juridictionnel. Pour Jèze, l'autorité de chose jugée se caractérise par la force de vérité légale de l'acte lorsque sont épuisées les voies de recours devant les instances successives et que le jugement est devenu définitif et inattaquable (54). Cet auteur précisait cependant que cette définition dépendait exclusivement de la détermination de la loi :

« C'est le législateur qui décide arbitrairement que, dans tels cas, la constatation faite par tel individu aura force de vérité légale. Il dépend donc exclusivement du législateur que telle constatation soit ou non un acte juridictionnel » (55).

Dans le silence du législateur, le critère de l'autorité de chose jugée cesse d'être applicable car, comme le note très justement M. Vedel (56)

« On ne peut faire de l'existence de l'autorité de chose jugée le critère de l'acte juridictionnel, précisément parce que dans un grand nombre de cas, la question sera de savoir si une décision aura autorité de chose jugée : on ne peut définir l'acte juridictionnel par l'autorité de chose jugée précisément parce que l'existence de celle-ci dépendra du point de savoir si l'on a affaire à un acte juridictionnel. »

2) Mais, subordonné à la détermination du législateur, le critère de l'autorité de chose jugée n'en conserve pas moins une importance

---

(54) Jèze : « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », R.D.P. 1909.667 et « Principes Généraux du droit administratif », T. I, p. 48.

(55) Ibid., T. I, p. 48.

(56) « Droit administratif », p. 324.

certaine car il synthétise les aspects matériels et formels de l'acte juridictionnel : matériellement, ses dispositions obligatoires s'imposent aux autorités publiques comme aux parties (57) ; formellement ses dispositions définitives et immuables s'imposent par leur caractère d'irrévocabilité.

## B. — La jurisprudence.

1) Pour la jurisprudence, l'autorité de chose jugée conférée à une décision constitue un critère sûr de l'acte juridictionnel. Aussi dans leurs conclusions, les Commissaires du Gouvernement commencent-ils souvent par rechercher si l'acte en cause est doté de l'autorité de chose jugée. De manière générale, les termes de « dernier ressort », « définitivement », « souverainement » ou « susceptibles d'aucun recours », ne constituent pas une indication permettant, à elle seule, de déterminer le caractère juridictionnel de l'organe qui statue ainsi (58).

En définitive, à défaut de la volonté expresse du législateur, l'autorité de chose jugée n'est qu'une conséquence du caractère de l'acte, de son contenu matériel.

2) Dans certaines décisions, le Juge s'est plus particulièrement attaché à l'existence des voies de recours, distinguant nettement le recours en révision du recours en cassation.

Si, dans certaines décisions, il n'a pas hésité à déduire de l'existence d'un recours en révision le caractère juridictionnel de l'organe (59), il s'est montré beaucoup plus circonspect à l'égard du recours en cassation. Quelques rares décisions ont semblé marquer la reconnaissance de ce caractère (60), mais elles n'ont guère été suivies (61) et les contours de cette jurisprudence semblent rien moins que flous.

De toute façon le critère des voies de recours présente l'inconvé-

---

(57) L'autorité matérielle de la chose jugée a été analysée par le Doyen Bonnard : « Le contrôle juridictionnel de l'administration », p. 84, et « Précis de droit administratif », p. 109.

(58) Il y a cependant eu quelques exceptions à cette règle, ainsi que le constate M. Waline, dans sa note sous l'arrêt Deltel (précité). L'incertitude prévaut donc également en la matière.

(59) Dans le célèbre arrêt d'Allières précité.

(60) Cf. notamment C.E. 13 février 1948, Massing, Rec. p. 76 ; C.E. 9 novembre 1945, Mamon, Rec. p. 228.

(61) Cf. en sens contraire : C.E. 7 mars 1956, Caisse Nationale des Retraites, R.P.D.A. 1956.118.

nient de renvoyer en définitive à la volonté du législateur, puisqu'il n'y a de recours que lorsqu'un texte le prévoit expressément (62).

Si le rôle des critères matériels apparaît ainsi comme prédominant dans la détermination du caractère juridictionnel d'un organe, l'importance des critères formels et organiques ne saurait être mécon nue. En pratique, l'imbrication des critères est d'ailleurs souvent telle que le caractère juridictionnel de l'organe dépend de leur interaction réciproque.

La détermination du caractère du Conseil Constitutionnel sera donc entreprise à partir de ces deux types de critères.

---

(62) Cf. notamment C.E. 4 mars 1955, dame veuve Sticotti, R.D.P. 1955.775.





## CHAPITRE II

### LA DETERMINATION DU CARACTERE CONSTITUTIONNEL DU JUGE

S'il n'est guère aisé de déterminer le caractère juridictionnel d'un organe, il est tout aussi difficile de définir la nature constitutionnelle d'une juridiction.

C'est qu'à cet égard aussi, on ne peut se fonder sur un critère unique et il est nécessaire de prendre en considération toutes les définitions possibles de la juridiction constitutionnelle. Ces définitions peuvent être ramenées à trois types principaux selon qu'elles se fondent sur l'origine du contrôle par lui exercé ou sur ses caractéristiques organiques et formelles.

#### SECTION I

##### DEFINITION FONDEE SUR L'ORIGINE DE L'ORGANE

Pour M. Waline, un juge ne peut être considéré comme constitutionnel que lorsqu'il est intégré, dans le système constitutionnel, en vertu de dispositions expressees de la Constitution (1).

Mais il n'est guère aisé de discerner les différences qui pourraient alors séparer l'acte juridictionnel constitutionnel de l'acte juridictionnel pur et simple. En définitive, il y aurait juridiction constitutionnelle quand la fonction juridictionnelle serait confiée à des organes formellement constitutionnels, c'est-à-dire créés par la Constitution elle-même.

Adopter une telle définition conduirait à reconnaître d'emblée le caractère de juridiction constitutionnelle au Conseil constitutionnel (2), mais comme l'a très justement démontré M<sup>me</sup> Batailler (3),

---

(1) « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », R.D.P. 1928.441.

(2) La Constitution consacre un titre entier (titre VII) et plusieurs articles groupés sous d'autres titres, au Conseil constitutionnel (art. 37, 41, 54).

(3) Op. cit. p. 8.

il n'est ni nécessaire, ni suffisant qu'un juge tire son existence de la Constitution pour qu'il acquière la qualité de juge constitutionnel car celle-ci ne peut découler que de sa fonction et non de la nature hiérarchique des règles de droit qui ont présidé à cette élaboration. De surcroît, ce critère ferait des tribunaux judiciaires, comme de la Cour des Comptes et du Conseil d'Etat, une juridiction constitutionnelle, puisque leur existence est expressément mentionnée par la Constitution.

## SECTION II

### LA DEFINITION NORMATIVE FONDEE SUR LA DETERMINATION DE LA REGLE DE REFERENCE

La juridiction constitutionnelle est définie par la norme à laquelle se réfère le juge dans l'exercice de sa mission de contrôle. Ce contrôle peut être envisagé de deux manières :

— ou bien de façon restrictive, par référence tant à la règle de droit par rapport à laquelle le juge contrôle (la Constitution) que par référence à la règle sur laquelle porte le contrôle (la loi) ;

— ou bien, plus largement, par la norme par rapport à laquelle le juge contrôle : le juge constitutionnel est alors celui qui applique et interprète la Constitution.

#### § 1. — *La définition par référence à la règle contrôlée ou contrôle de constitutionnalité des lois au sens strict*

La juridiction constitutionnelle a pour mission de juger uniquement de la validité de la loi par référence à la Constitution. L'effet d'un tel contrôle ne peut être que l'annulation ou l'inapplication de la loi jugée non conforme à la Constitution.

Le résultat de cette opération d'invalidation de la loi a été dénoncée par certains auteurs comme un empiètement politique du juge sur les attributions du législateur. Cette doctrine est donc, soit fondamentalement hostile au contrôle de constitutionnalité (4), soit soucieuse de le confier à un organe spécial dont le recrutement et le statut ne sont pas ceux des juridictions de droit commun. En ce sens Kelsen a écrit :

---

(4) Carré de Malberg a donné à cette opposition la forme la plus achevée : « Admettre, dans l'intérêt des citoyens, qu'ils pourront, devant « les tribunaux en général, ou devant une Cour Suprême quelconque, « invoquer l'inconstitutionnalité de la loi pour se soustraire à son appli-

« La différence entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle est que celle-là crée des normes générales alors que celle-ci crée des normes individuelles.

« Or annuler une loi, c'est poser une règle générale, une norme générale... et un Tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est, par conséquent, un organe du pouvoir législatif » (5).

Et il en concluait que la juridiction constitutionnelle devrait être confiée à

« un organe différent du Parlement, indépendant de lui et, par conséquent, aussi de tout autre autorité étatique » (6).

La faiblesse d'un tel raisonnement est évidente car juger de la conformité d'une norme juridique à une autre qui lui est supérieure, n'est pas faire acte politique. La Constitution elle-même impose une distinction entre les compétences constituantes et les autres. Le principe de la suprématie constitutionnelle ne resterait en effet qu'un vain symbole sans ce contrôle de la conformité de toutes les règles inférieures à la Constitution. En opérant ce contrôle, le juge se livre en définitive à un très strict exercice de la fonction juridictionnelle puisqu'il confronte deux règles de droit et fait prédominer la plus élevée quand ces règles se révèlent incompatibles entre elles (7). Comme l'a très justement résumé Paul Duez :

« Loi et Constitution ont même nature juridique : elles posent et organisent d'une manière générale, abstraite, impersonnelle, des règles de droit. Il n'existe entre elles qu'une différence hiérarchique : la règle

« cation serait dans l'état actuel du droit public français, une innovation superflue et stérile » (op. cit., T. II, p. 609).

(5) « La garantie juridictionnelle de la Constitution », R.D.P. 1928, p. 198.

(6) Ibid., p. 223 ; cf. également Kopelmanas : « Le contrôle de la constitutionnalité des lois in "Refaites une constitution" », p. 271.

(7) Kelsen lui-même a aperçu cette vérité. Distinguant la confection de la simple annulation des lois, il constatait : « L'annulation d'une loi se produit essentiellement en application des normes de la Constitution. « La libre création qui caractérise la législation fait ici presque complètement défaut. Alors que la législation n'est liée à la Constitution que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle, l'activité du législateur négatif au contraire de la juridiction constitutionnelle est absolument déterminée par la Constitution. Et c'est seulement par là que sa fonction ressemble à celle de tout autre tribunal en général » (article cité p. 226).

« constitutionnelle placée à l'échelon législatif supérieur bride la loi ordinaire comme cette dernière, d'ailleurs, limite le règlement... Dans ses éléments juridiques le contrôle de la constitutionnalité des lois apparaît ainsi du même ordre que le contrôle de légalité des règlements... Le pouvoir pour le juge d'écarter la loi inconstitutionnelle découle ouvertement de son obligation fonctionnelle de trancher les conflits de lois » (8).

Le juge constitutionnel ne saurait donc être un pouvoir compensateur (9) mais, au contraire, le gardien de la supériorité constitutionnelle qui, faute de sanction ne manquerait pas d'être mise en échec (10). Le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est que l'échelon suprême du contrôle de légalité dans lequel il s'insère. Comme l'indique M. Vedel :

« La constitutionnalité n'est que la mise en œuvre dans un cas particulier de l'idée de légalité... Elle exprime la conformité à la Constitution que, du point de vue tant matériel que formel, doivent présenter toutes les règles de droit autres que la Constitution elle-même » (11).

Ainsi la supériorité de la constitution sur la loi est-elle corroborée par la supériorité de la loi sur le règlement. Dans ces deux types de rapports se retrouve la même confrontation de deux textes d'inégale valeur (12). La fonction de la juridiction constitutionnelle est alors bien celle définie par M. Eisenmann :

(8) Article cité p. 224.

(9) Thèse défendue notamment par M. G. Lavau, in : « La Justice » (1961) : « Le juge et le pouvoir politique ».

(10) Le caractère injustifié de l'absence de contrôle de la loi a été admise par de nombreux auteurs, notamment G. Vedel « Manuel de droit constitutionnel », p. 122, Mounier : l'indépendance de la magistrature et la constitutionnalité de la loi » (G.P. 1946 I.32) et Jèze « L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie », R.D.P. 1922, p. 138 : « En droit public et constitutionnel, dès qu'un Etat adopte le système de la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et organise des tribunaux indépendants, il confère par cela même aux tribunaux, à titre de conséquence naturelle et logique, le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux. » La même argumentation a été développée par Larnaude in Bulletin de la Société de législation comparée, 1902, p. 209.

(11) « Manuel », précité p. 122.

(12) Disciple de Carré de Malberg, M. G. Burdeau se refuse à voir dans cette confrontation de deux textes le critère d'un contrôle véritablement juridictionnel : « Rien ne peut empêcher, écrit-il, que le juge ne se déter-



« A tous les étages du système juridique, le contrôle juridictionnel des « actes a pour effet d'assurer la distinction et la hiérarchie de deux « degrés de règles, en conférant par là même à celles du degré supérieur « force obligatoire. La justice constitutionnelle ne fait que poursuivre et « achever cette œuvre de hiérarchisation : elle ajoute un nouvel et ultime « degré à l'édifice du droit interne qu'elle couronne en subordonnant la « légalité ordinaire, et ainsi toutes les règles infra-légales, à la légalité « constitutionnelle » (13).

La règle sur laquelle porte le contrôle peut alors être conçue de façon beaucoup plus large. Outre les lois arguées d'inconstitutionnalité, la compétence de la juridiction constitutionnelle peut également être étendue aux règlements dont la régularité est contestée pour défaut de conformité à la constitution. La thèse d'unité de compétence de la juridiction constitutionnelle, développée notamment par Kelsen (14), a été rejetée par le droit positif français qui a établi une distinction par détermination de la règle qui fait l'objet du contrôle (15) : l'annulation d'une loi antérieurement à sa promulgation ne peut être prononcée que par le Conseil Constitutionnel, celle d'un règlement que par les juridictions de l'ordre administratif, encore que la règle par rapport à laquelle le juge sanctionne puisse être, de façon identique, la Constitution.

---

mine par des considérations politiques » : (« Traité de science politique », Tome IV, p. 371, note 12).

Mais comme ces « considérations politiques » ne peuvent être tirées que des textes en présence, l'objection ne paraît pas fondée.

D'autres auteurs, au contraire, ont tenté de démontrer que le contrôle de constitutionnalité s'était malgré tout, imposé aux tribunaux, cf. notamment : Maurice Hauriou, notes sous C.E. 7 août 1909, Winkell (S. 1909. III.149) et 1<sup>er</sup> mars 1912, Tichit (S. 1913.III.137) et H. Berthelemy qui s'efforçait de démontrer l'existence du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en se fondant sur quatre arrêts de la Cour de Cassation (Crim. 12 avril 1838, Doyen et Lemaire (S. 1838.I.314) 15 mars 1851, Gauthier (D. 1851.I.412) 17 nov. 1851, Ghent (D. 1851.I.334) et Req. 15 avril 1863, Alliot (D. 1863.I.400) mais la portée de ces arrêts de rejet ne paraît guère autoriser une telle conclusion. Sous l'empire de la Constitution de 1946 le Doyen Geny a soutenu une thèse analogue, en se fondant sur le préambule de la Constitution : « De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la IV<sup>e</sup> République Française » (J.C.P. 1947-613). La jurisprudence n'a cependant pas ratifié cette opinion.

(13) « La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche », p. 3, thèse Paris 1928.

(14) Article précité R.D.P. 1928, p. 229 et suiv. Cet auteur préconisait même d'attribuer à la juridiction constitutionnelle, non seulement la connaissance des règlements « ayant force de loi » mais également des « règlements complémentaires dont l'irrégularité consiste immédiatement en leur illégalité et de façon seulement médiate, en leur inconstitutionnalité ».

(15) Cf. ci-dessous, titre II, chapitre premier.



§ 2. — *Le contrôle défini par référence à la règle appliquée au contrôle de constitutionnalité au sens large*

Même lorsque les juges se voient refuser le contrôle de constitutionnalité des lois, ils restent des juges constitutionnels pour les autres actes qu'ils ont à valider ou à annuler. Leur fonction de juge constitutionnel se limite à la constitutionnalité des règles et des actes sanctionnables.

Cette définition apparaît toutefois comme beaucoup trop large. M<sup>me</sup> Batailler, qui s'en est fait le principal défenseur, a elle-même, reconnu qu'ainsi tous les juges sont constitutionnels « à cause de leur fonction qui est de rendre la justice, c'est-à-dire de statuer en appliquant les règles nationales de droit » (16).

Mais qualifier tout juge de « constitutionnel », n'est-ce pas, en définitive reconnaître qu'aucun ne l'est spécifiquement ? (17).

La violation de la Constitution ne saurait, en aucun cas être confondue avec la violation de la loi car s'il y a effectivement irrégularité dans les deux hypothèses, une distinction doit être maintenue entre elles. Faute d'une telle différenciation, tous les systèmes constitutionnels, même ceux qui ont explicitement écarté le principe du contrôle de constitutionnalité des lois, pourraient être, peu ou prou, considérés comme soumis au juge constitutionnel puisque les magistrats sont, par essence, chargés d'appliquer toutes les lois, y compris la Constitution, qui n'est que la loi hiérarchiquement la plus élevée.

La définition du juge constitutionnel tirée de la référence à la règle appliquée doit donc être écartée comme beaucoup trop large et imprécise (18).

### SECTION III

#### LA DEFINITION ORGANIQUE ET FORMELLE

La juridiction constitutionnelle peut être enfin caractérisée par les critères organiques et formels, touchant respectivement à l'organisation et à la composition de l'institution d'une part, aux formes de la saisine d'autre part.

---

(16) Thèse précitée, p. 17.

(17) Comme l'admet d'ailleurs explicitement M<sup>me</sup> Batailler, *ibid.*, p. 18.

(18) Elle conduirait en effet à considérer le Conseil des Prud'hommes de la Seine comme un juge constitutionnel : cf. notamment son jugement du 26-3-1947, « Société hippophagique de détail c. Brouillée » (J.C.P. 1948, n° 4367).

§ 1. — *Les critères organiques*

Ceux-ci sont de deux ordres car ils touchent à la fois à l'organisation et à la composition de l'organe.

## A. — Le critère de l'organisation.

L'indice le plus sûr de la juridiction constitutionnelle réside dans l'existence d'un organe spécial, extérieur au pouvoir judiciaire et occupant dans l'organisation des pouvoirs publics une place à part, du fait de la mission de contrôle de constitutionnalité qui lui est confiée. Ainsi le critère organique recoupe-t-il le critère tiré de l'origine formelle de l'institution (19). Le type même d'une telle juridiction constitutionnelle a été la Haute Cour d'Autriche (20) et est, aujourd'hui, le « Tribunal constitutionnel fédéral » de la République Fédérale d'Allemagne, tribunal généralement connu sous le nom de Cour de Karlsruhe (21).

La valeur de cette définition n'est, pourtant, ni générale, ni absolue car une juridiction constitutionnelle peut parfaitement fonctionner sans que rien dans son organisation ne la différencie des juridictions ordinaires et tout en étant intégrée au système judiciaire. A la limite, toutes les juridictions ordinaires peuvent connaître, au moins théoriquement, de la constitutionnalité des lois ou des règlements. Tel est le système qui a prévalu aux Etats-Unis où, en l'absence d'une disposition constitutionnelle prévoyant l'institution d'une juridiction constitutionnelle (22), toute Cour Fédérale ou d'Etat se reconnaît les compétences d'une telle juridiction (23). Ceci s'explique

(19) Cf. ce chapitre, section I.

(20) Sur cette institution, cf. la thèse précitée de M. Eisenmann.

(21) Sur la Cour de Karlsruhe, cf. : G. Lassalle : « Le fédéralisme dans la loi fondamentale de Basse », p. 127 et article à la R.D.P. 1953, p. 106. — Buerstedde : « La Cour constitutionnelle de la R.F.A. », in R.I.D.C. 1957, p. 56. — C. Hortus : « Le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel fédéral allemand » (mémoire D.E.S. Paris, 1965).

(22) M. René David souligne à ce sujet : « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois s'est ainsi établi sans aucune espèce de heurt en Amérique, à l'occasion d'une affaire où, loin de prétendre affermir sa suprématie, la Cour Suprême jugeait inconstitutionnelle une loi lui conférant certains pouvoirs » (« Les grands systèmes de droit contemporains », p. 441) ; cf. également A. et S. Tunc : « Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique », Tome I (Paris 1954).

(23) Il s'agit là d'une position de principe qui reste presque toujours théorique. Le fait qu'un juge unique de première instance ait interdit en 1952 l'exécution d'un Executive Order du Président Truman, constituée une exception si spécifique que nombre d'auteurs l'ont relevée (cf. A. Tunc : « Le droit des Etats-Unis », p. 53).

par le caractère fédéral des Etats-Unis, dont le respect implique que le législateur fédéral ne puisse violer les règles de répartition des compétences au détriment des Etats fédérés. Ce contrôle « *ut singuli* » ne doit cependant pas masquer le rôle fondamental que joue la Cour suprême à la tête de l'ensemble de l'ordre juridictionnel américain (24). Car si le pouvoir de contrôler à titre définitif la conformité des lois de l'Etat à la Constitution de l'Etat, appartient à la seule Cour Suprême de chaque Etat (25), c'est néanmoins sous réserve d'un recours devant la Cour suprême fédérale toujours compétente pour connaître d'une action fondée sur la non-conformité de la loi de l'Etat fédéré à la Constitution fédérale. Ainsi s'établit un véritable dédoublement de jurisprudence : celle des Cours suprêmes des Etats — qui a autorité absolue de chose jugée par rapport à la Constitution de chaque Etat — et celle de la Cour suprême fédérale, qui a autorité de chose jugée s'agissant de l'application de la Constitution fédérale.

L'attribution du contrôle de constitutionnalité aux juges ordinaires a fait, pendant longtemps, l'objet de vives critiques de la majeure partie de la doctrine française (26). Car si la loi déclarée inconstitutionnelle n'est pas formellement annulée, elle n'en est pas moins complètement inexistante pour les Juges (27).

## B. — La composition.

La composition de la juridiction constitutionnelle peut être envisagée à trois égards : le nombre de ses membres, leur mode de désignation et la durée de leurs fonctions.

(24) « L'existence de la Cour dérive de la Constitution, la Cour est donc l'égale du Président et du Congrès » (Dicey « Introduction à l'étude du droit constitutionnel », p. 141).

(25) Ce phénomène, souligné notamment par M. R. Pinto « Des Juges qui ne gouvernent pas » (opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis, 1937) et A. et S. Tunc (op. cit.), limite considérablement l'objection adressée si souvent à ce système et fondée tant sur le « Gouvernement des Juges » que sur l'éparpillement et l'instabilité du contentieux constitutionnel. Cette dernière objection a été largement développée par J. Lambert in tome III, ch. IV, de « l'Histoire constitutionnelle des Etats-Unis » : « Bien que le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois existe plus ou moins pratiquement dans de nombreuses constitutions il n'est nulle part devenu, comme aux Etats-Unis, un rouage essentiel de ces institutions et n'a nulle part comme aux Etats-Unis entraîné une suprématie de la branche judiciaire sur les autres branches du Gouvernement. »

(26) Et notamment de J. Lambert, op. précit.

(27) « Une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi, elle ne confère aucun droit, elle n'impose aucune protection, elle ne crée aucune fonction, elle est, du point de vue juridique, aussi inopérante que si elle n'avait jamais été votée » (arrêt de la Cour Suprême : « Norton-Shelley », 1886).

1) Le nombre des membres composant la juridiction.

La tendance est de plus en plus marquée à une limitation du nombre des membres composant la juridiction constitutionnelle. Dotées respectivement de quinze et de seize membres, les juridictions constitutionnelles italiennes et allemandes (28) conservent ainsi, de par leur composition, l'aspect traditionnel d'un tribunal. Il n'existe plus aujourd'hui de juridiction constitutionnelle constituée sous forme d'assemblée et comprenant jusqu'à plus d'une centaine de membres, tels les Sénats du Premier et du Second Empire (29).

A défaut de constituer un critère de la juridiction constitutionnelle, le nombre des membres la composant fournit donc une indication utile sur la nature de celle-ci dans la mesure où le droit constitutionnel positif tend à rejeter la forme de l'Assemblée à composition pléthorique au profit d'un organe comprenant un nombre restreint de membres.

2) Le mode de désignation.

Deux grands modes de désignation peuvent être distingués, selon que les juges sont nommés par un ou plusieurs personnages consulaires ou qu'ils sont élus par des institutions représentatives.

a) Le système de désignation personnelle par un ou plusieurs personnages consulaires a été fréquemment dénoncé comme « mauvais en soi » (30), voire comme contraire aux règles de recrutement d'une authentique juridiction constitutionnelle. Les juges ainsi désignés ne jouiraient ni de l'autorité, ni de la compétence, ni de l'indépendance nécessaires à l'exercice de la fonction juridictionnelle et, *a fortiori*, de la juridiction constitutionnelle (31). Le caractère éminemment politique de leur désignation aboutirait donc, dans une large mesure, à les disqualifier en tant que juges. A l'encontre de cette théorie, on ne peut guère faire état du système américain de désignation des membres de la Cour Suprême par le Président. Car si le chef de l'exécutif nomme effectivement les juges au fur et à

---

(28) Sur la Cour italienne, cf. M. Sandulli : « La juridiction constitutionnelle en Italie », in « Colloque de Heidelberg », p. 293, et Vezio Crisafulli : « Le système de contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », R.D.P. 1968, p. 83. Sur la cour de Karlsruhe, cf. outre les ouvrages précités, Chenut « La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe » (thèse Paris 1956).

(29) Cf. chapitre suivant.

(30) Cf. notamment : G. Vedel, articles in « Le Monde », des 20-1-1960 et 14-9-1961 ; Fr. Batailler, op. cit. et M. Duverger, « De vrais juges constitutionnels » in « Le Monde » du 6 mars 1971.

(31) Cette thèse a été largement développée par M. Duverger dans son article précité.



mesure des vacances, ces derniers n'entrent en fonctions qu'après ratification par le Sénat. L'intervention d'un organe législatif corrige ainsi ce que la nomination *intuitu personnae* par un personnage consulaire peut avoir d'arbitraire (32).

Il reste cependant à s'interroger sur la valeur de l'élection comme mode de désignation des juges constitutionnels.

b) Les adversaires du mode de désignation par un ou plusieurs personnages consulaires, lui ont opposé le système de l'élection par des institutions représentatives, seul susceptible de garantir l'impartialité de la juridiction.

L'élection des juges constitutionnels par des institutions représentatives a prévalu en Allemagne et en Italie. En Allemagne (33), les seize juges du Tribunal constitutionnel sont nommés par moitié par chacune des deux Chambres : trois des huit membres désignés par chaque Chambre, doivent être des juges fédéraux et cinq, des personnes ayant des qualifications pour être juges ou fonctionnaires et possédant « des connaissances particulières du droit public et de la vie publique ». Dans chaque Chambre, la nomination a lieu à la majorité des deux tiers : au Bundestag, elle est faite par une commission de douze membres, élue à la proportionnelle des groupes parlementaires. Quant aux quinze juges constitutionnels italiens (34), ils sont désignés à raison d'un tiers par le Président de la République, un tiers par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation et un tiers par le Parlement. L'élection des juges désignés par le Parlement se fait à la majorité des deux tiers au premier tour et des trois cinquièmes au tour suivant. Tous les juges doivent être pris parmi les magistrats, les professeurs de droit des universités ou les avocats ayant vingt ans d'exercice de la profession.

Si l'exigence d'une qualification juridique et professionnelle requise des membres apparaît comme une caractéristique louable de la juridiction constitutionnelle, il est toutefois permis de s'interroger sur le caractère prétendument non-partisan du recrutement électif. Tous les travaux publiés à cet égard démontrent que la « camaraderie politique » si souvent dénoncée comme présidant à la nomination par une autorité consulaire, influence de la même façon l'élection par des institutions.

---

(32) En 1969, Le Sénat a refusé à deux reprises de ratifier la nomination à la Cour Suprême de juges désignés par le Président Nixon.

(33) Article 94 de la loi fondamentale, complétée par la loi fédérale du 8 septembre 1961.

(34) Article 135 de la Constitution.

S'agissant de la Cour de Karlsruhe, M. Burstedde (35) a souligné que l'élection de ses membres était précédée de marchandages entre les partis et que le compromis qui en découlait la réduisait à un simple reflet de l'échiquier politique du Parlement.

L'expérience italienne est davantage probante encore. La multiplicité des partis politiques et la volonté affichée de chacun d'entre eux de faire élire ses « amis » à la Cour, a rendu impossible pendant huit ans l'élection de ceux des juges qu'il appartenait au Parlement de nommer. Et, comme l'a bien montré M. T. Godechot (36), le compromis qui a été finalement atteint, aboutit à la même conséquence qu'en Allemagne. On est en droit de se demander si ce mode de désignation aboutit, comme le pense M. Duverger, à assurer « la compétence, l'indépendance et l'autorité de la Cour » (37).

Il faut donc convenir que la désignation des juges d'une Cour constitutionnelle est, quelle que soit la procédure adoptée, largement dépendante de considérations de politique partisane. Introduire le critère de la procédure de désignation, au sens strict, dans la détermination de la juridiction constitutionnelle, équivaut à créer un faux problème.

L'essentiel est d'ailleurs : comme l'a parfaitement exposé Kelsen (38), c'est le caractère parfaitement « équilibré » du recrutement de la Cour qui doit être pris en considération. Et le maître de Vienne de souligner qu'une Cour authentiquement constitutionnelle devait échapper, de par son mode de désignation même, à la dépendance d'un homme ou d'un organe.

### 3) La durée des fonctions.

C'est un élément particulièrement important de l'indépendance de la juridiction constitutionnelle. L'accent doit être mis moins sur la nomination à temps ou à vie que sur la comparaison entre la durée des pouvoirs des juges et celle de la personnalité ou de l'organe qui les nomme. Aux Etats-Unis, le caractère viager des fonctions des juges à la Cour Suprême (39) corrige ce que la concentra-

---

(35) « La cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne », in R.I.D.C. 1957, p. 56.

(36) « L'indépendance de la Cour constitutionnelle italienne », in « Revue des sciences politiques », Toulouse, n° 5, 1962, pp. 45-65.

(37) Art. précité « Le Monde » du 6 mars 1971.

(38) « La juridiction constitutionnelle devrait être confiée à un organe différent du Parlement, indépendant de lui et, par conséquent aussi, de toute autre autorité étatique » (« La garantie juridictionnelle de la Constitution », R.D.P. 1928, p. 223).

(39) Ce phénomène est d'autant plus important que, conformément au vieil adage, un juge ne démissionne jamais et meurt rarement.

tion du pouvoir de nomination aux mains du Président, pourrait avoir d'arbitraire. Un Président qui entre en fonction est obligé de compter avec une Cour suprême dont les membres ont été nommés par ses prédécesseurs, lesquels n'appartenaient pas nécessairement au même parti que lui. Inamovibles leur vie durant, les juges à la Cour Suprême se sentent parfaitement indépendants d'une autorité dotée du pouvoir de nomination mais dont les fonctions sont limitées à un terme de quatre ans.

En Italie les membres de la Cour Constitutionnelle sont nommés pour douze ans : la durée de leur mandat est donc largement supérieure à celle de deux des trois organes chargés de pourvoir à leur désignation (40).

Le droit allemand, enfin, a combiné le principe de la nomination à temps avec celui de la permanence des fonctions jusqu'à la survenance normale de la retraite : ceux des membres de la Cour de Karlsruhe qui doivent être pris parmi les juges fédéraux bénéficiant de l'application de cette dernière règle tandis que leurs autres collègues sont élus pour huit ans, alors que les Assemblées parlementaires qui les désignent se renouvellent tous les quatre ans.

Ainsi, avec des nuances sensibles, les systèmes américain, italien et allemand se sont efforcés d'affranchir les juges constitutionnels de la suprématie des organes titulaires du pouvoir de nomination.

## § 2. — *Les formes de la saisine*

Devant les juridictions constitutionnelles, la voie de l'action a longtemps été considérée comme exclusive de celle de l'exception. La Cour constitutionnelle italienne a été la première à combiner les deux types de recours. Du type ainsi choisi, dépend en grande partie la détermination du ou des titulaires du droit de saisine.

### A. — La voie de l'exception d'inconstitutionnalité aux Etats-Unis.

L'inconstitutionnalité d'une disposition ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'une instance engagée devant un tribunal. La saisine des juges constitutionnels n'est donc pas laissée à la seule discrétion des citoyens. Cette exigence est de nature à limiter le nombre des recours susceptibles d'être formés pour inconstitutionnalité. Par

---

(40) Le Président de la République est élu pour sept ans, le Parlement pour quatre ans.

ailleurs, le double degré de juridiction — Cours Suprêmes des Etats et Cour Suprême fédérale — permet d'éviter l'encombrement du rôle qu'eût provoqué la concentration de l'ensemble du contentieux constitutionnel au profit d'une seule juridiction.

B. — La voie de l'action en Allemagne.

C'est au contraire, par la voie de l'action que peut être saisie la Cour de Karlsruhe. Mais une distinction s'impose dès l'abord eu égard à la multiplicité des compétences de la Cour : seul le recours tendant à faire reconnaître le respect d'un droit violé au mépris des dispositions constitutionnelles, est ouvert à tous les citoyens (41). En revanche la constitutionnalité des lois n'est vérifiée que si le Gouvernement fédéral, un gouvernement de land ou un tiers des membres du Bundestag le demandent (42). De même la constitutionnalité des partis politiques ne peut être vérifiée qu'à la demande du Bundestag, du Bundesrat ou du Gouvernement fédéral (43). Rien n'est donc plus faux que de présenter le contrôle de constitutionnalité des lois comme faisant l'objet d'un contentieux ouvert à tous les citoyens : la Constitution allemande a, au contraire, pris soin de limiter les titulaires du droit de saisine en matière de contrôle de constitutionnalité des lois. La même préoccupation se retrouve dans la constitution italienne.

C. — La combinaison des recours par voie d'action et d'exception devant la Cour constitutionnelle de la République italienne.

L'originalité de la Cour constitutionnelle italienne tient, en grande partie, au caractère variable de la saisine en fonction de la nature du litige. Si la contestation survient dans les rapports entre l'Etat et les Régions ou entre les Régions elles-mêmes, la Cour peut être saisie directement par voie d'action, par l'Etat ou la Région en cause (44). Dans toutes les autres hypothèses, elle ne peut être saisie que par voie d'exception d'inconstitutionnalité lorsque la loi est mise en cause à l'occasion d'un procès (45). La question de constitutionnalité peut être soulevée aussi bien par une partie en cause que par le Juge, mais c'est ce dernier, seul, qui est compétent pour rendre l'ordonnance de renvoi, qui ouvre le procès constitutionnel.

---

(41) Les citoyens doivent arguer de la violation d'un des droits qui leur est garanti par les articles 33, 38, 101, ou 104 de la loi fondamentale.

(42) Loi fondamentale du 23 mai 1949, article 93, al. 2.

(43) Article 13 de la loi du 13 mars 1951.

(44) Article 134 de la Constitution.

(45) Ibid. et lois des 11 mars 1953 et 12 mars 1958.



Le juge initialement saisi, doit alors surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle se soit prononcée.

Ainsi, le droit de saisir la Cour, même par la voie de l'exception, n'appartient-il pas aux justiciables.

C'est donc essentiellement l'exercice du contrôle de la fonction normative qui caractérise le juge constitutionnel. Ce dernier se distingue du juge ordinaire en ce qu'il opère son contrôle exclusivement par référence à la norme hiérarchiquement la plus élevée — la Constitution — et fait prévaloir celle-ci sur toutes les autres normes inférieures, y compris la loi. Les critères organiques et formels ne présentent pas, à eux seuls, un intérêt déterminant car les différents types d'organisation et de procédure applicables devant les juridictions constitutionnelles révèlent une très grande hétérogénéité. Du moins peut-on retenir des expériences étrangères que la composition d'une juridiction constitutionnelle n'échappe pas à un certain degré de politisation et que la limitation des titulaires du droit de saisine s'est imposée dans tous les systèmes fondés sur la saisine par voie d'action directe.

Ces deux constatations doivent être soulignées avec force car elles touchent directement au fond des controverses qui se sont élevées quant à la nature même du Conseil constitutionnel.

## CHAPITRE III

### LES EXPERIENCES FRANÇAISES DE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ANTERIEUREMENT A LA CONSTITUTION DE 1958

Ces expériences ont été des plus limitées. Avant de les passer en revue, il est nécessaire de rechercher les causes de la défiance traditionnelle du droit français à l'égard de l'institution d'une juridiction constitutionnelle.

#### SECTION I

#### LES FONDEMENTS DE LA DEFIANCE DU DROIT FRANÇAIS A L'EGARD DE L'INSTITUTION D'UNE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 affirme que « la loi est l'expression de la volonté générale ». Rousseau avait auparavant posé le principe selon lequel « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » (1).

Il s'ensuit donc logiquement qu'aucun recours n'est possible contre un acte qui est l'expression même de la volonté générale. Mais un transfert significatif allait être opéré par les constitutions successives de la France : pour Rousseau, la loi est l'expression de la volonté générale à condition que « tout le peuple statue sur tout le peuple » (2), exige que les constituants abandonneront en transférant la compétence législative du peuple à ses représentants, conformément aux recommandations de Montesquieu (3). Ce faisant, ils conserveront à la loi le caractère irréprochable et incontestable qui lui était attaché en tant qu'expression de la volonté de tout le peuple. Ce transfert aura des conséquences particulièrement importantes, car il aboutira à la substitution de la loi en tant qu'expression de la volonté parlementaire à la loi, expression de la volonté géné-

---

(1) « Du Contrat Social », livre II, chapitre III.

(2) Ibid., livre II, chapitre VI.

(3) « Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie » (« De l'Esprit des lois », livre XI, chapitre VI).

rale. Devenue ainsi irréprochable et incontestable, la volonté parlementaire est insusceptible de contrôle et, partant, l'institution d'une juridiction constitutionnelle est sans objet. De fait, les constitutions françaises qui ont institué une telle juridiction furent celles qui, au moins avant 1946, entendaient limiter sérieusement la puissance des organes législatifs.

## SECTION II

### LES ANCIENNES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES FRANÇAISES

Antérieurement à 1958, trois constitutions ont prévu un contrôle timide et limité de la constitutionnalité des lois : celles de l'an VIII, de 1852 et de 1946.

#### § 1. — *Le Sénat Conservateur de l'An VIII* (4).

De l'idée de « jurie constitutionnaire » émise par Siéyes, qui eût été un corps représentatif de la Nation, chargé d'annuler les actes de toutes autorités quelconques violant la Constitution (5), il ne resta qu'un Sénat auquel incombait la mission de « conserver » la constitution sur dénonciation du Tribunat ou du Gouvernement.

#### A. — Composition et organisation.

Le Sénat se composait de quatre-vingt membres inamovibles et à vie. Le Premier Consul qui, par l'intermédiaire des deux autres Consuls, avait déjà procédé à la nomination des soixante premiers sénateurs, devait, devenu Empereur, disposer, par de véritables « fournées », de la composition du Sénat qui perdit ainsi toute indépendance.

#### B. — Compétences.

Elles étaient de deux ordres. Le Sénat était en effet à la fois le pourvoyeur des grands corps de l'Etat et le gardien de la Constitution.

---

(4) L'ouvrage fondamental reste celui de Jean Thiry : « Le Sénat de Napoléon : 1800-1814 » (thèse Paris, 1932).

(5) Cf. P. Bastid : « Siéyes », p. 416 (Paris, 1939).

D'une part, il nommait dans la liste nationale (6) tous les membres des corps politiques (Consuls, Tribuns, Législateurs) ainsi que les juges de cassation et les commissaires à la comptabilité.

D'autre part, il maintenait ou annulait tous les actes (y compris les listes d'éligibles) qui lui étaient déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou le Gouvernement mais antérieurement à la promulgation, celle-ci ayant pour effet de rendre la loi inattaquable.

Le texte de la Constitution faisait donc du Sénat « à la fois une grande force et une grande faiblesse » (7) et tout dépendrait de la manière dont il userait de ses prérogatives.

### C. — L'échec du Sénat.

L'autoritarisme de Bonaparte, la promulgation ultérieure de textes vidant les prérogatives du Sénat de l'essentiel de leur substance et sa propre pusillanimité, contribuèrent à faire du Sénat cette « institution de parade » (8) dont les prérogatives restèrent lettre morte et qui ne se manifesta que pour donner le coup de grâce au régime impérial en rendant son décret de déchéance (9).

## § 2. — *Le Sénat de la Constitution de 1852*

Discrédité par le Sénat Conservateur, le Contrôle de constitutionnalité des lois fut ignoré par les Chartes de 1814 et 1830 ainsi que par la Constitution de 1848, mais Louis-Napoléon le restaura en 1852 conformément à sa volonté de donner à la France « les bases principales d'une Constitution empruntée à celle de l'An VIII » (10).

Cependant identique à son prédécesseur de par son esprit, le Sénat de 1852 ne s'en différençait pas moins à plusieurs égards.

### A. — Composition et organisation.

Cette fois-ci le système de la nomination par le chef de l'Etat prévalut immédiatement. Les sénateurs continuaient à être inamovibles mais certains dignitaires (cardinaux, maréchaux, amiraux) y siégeaient de droit, seule une limite maximale était fixée au nombre des sénateurs (cent cinquante).

---

(6) Qui prit ensuite le nom de liste de « confiance ».

(7) Comme l'a justement souligné M. Deslandres : « Histoire constitutionnelle de la France », tome I, p. 450.

(8) Deslandres *ibid.*, p. 602.

(9) Dont le caractère odieux a été unanimement souligné.

(10) « Proclamation au Peuple français » du 14 janvier 1852.



## B. — Compétences.

Le Sénat perdait le très large pouvoir de nomination aux corps politiques qu'il possédait, théoriquement au moins, sous l'empire de la Constitution de l'An VIII. En revanche son pouvoir comme juge de la constitutionnalité des lois était notablement élargi puisqu'aucune loi ne pouvait être promulguée avant de lui avoir été soumise. Son contrôle portait tant sur la conformité au Pacte fondamental que par le respect des libertés publiques (11). De surcroît le Sénat pouvait annuler tout acte qui lui était déféré pour cause d'inconstitutionnalité par le Gouvernement ou par les pétitions des citoyens.

Cette faculté donnée aux citoyens de saisir directement le Sénat aurait pu faire de celui-ci une authentique juridiction. Il n'en fût cependant rien.

## C. — Echec et transformation du Sénat.

Son rôle fût au moins aussi effacé que celui de son prédécesseur de l'An VIII et il subit en 1869 une transformation importante qui lui retira l'essentiel de ses pouvoirs initiaux pour en faire une seconde chambre législative. Il semblait que le Gouvernement impérial ait lui-même tiré ainsi les conséquences de l'inutilité du Sénat comme juge constitutionnel (12).

### § 3. — *Le Comité Constitutionnel de la IV<sup>e</sup> République* (13).

#### A. — Les idées des Constituants en matière de contrôle de constitutionnalité des lois.

Dans la première phase des travaux de la Commission de la Cons-

(11) Ce qui, aux termes de l'article 26 de la Constitution, comprenait outre la Constitution elle-même, « les lois qui seraient contraires à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature ».

(12) Le souvenir de cet échec sera suffisamment vivace sous la III<sup>e</sup> République pour provoquer le rejet de toutes les propositions de loi tendant à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité : cf. notamment propositions Ch. Benoist (28 janv. 1903, J.O. Doc. Parl. Chbre des Dép., sess. 1903, p. 99), Jules Roche (28 fév. 1903, *ibid.*, p. 97), Bonnet (J.O. Doc. Parl. Chbre des Dép. session ordinaire 1924, n° 6928) et Engerand (*ibid.*, 1925, n° 1408).

(13) Les positions des différents partis à l'égard du problème de contrôle de constitutionnalité ont été minutieusement étudiées par M<sup>lle</sup> J. Le-

titution l'accord s'était fait le 19 décembre 1945, sur le principe de contrôle par référendum après avis donné par une commission juridique. Le projet initial contenait, en conséquence, trois articles relatifs au « Comité Juridictionnel du contrôle de la constitutionnalité des lois » (14).

Mais ce projet de constitution ayant été rejeté par le peuple, la question fut renvoyée à la seconde constituante. La commission de celle-ci demandait, par 24 voix contre 15 et 2 abstentions, à son rapporteur de préparer un projet de contrôle par référendum (15). Toutefois l'Assemblée ne suivit pas sa commission et, après de sérieuses difficultés (16) adopta les dispositions donnant finalement naissance aux articles 91 à 93 (17) instituant un Comité Constitutionnel de 13 membres.

#### B. — Organisation et pouvoirs du Comité Constitutionnel.

C'est un organe présidé par le Président de la République et comprenant, outre les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Conseil de la République, dix membres dont sept nommés par l'Assemblée et trois par le Conseil de la République.

Le comité, qui ne peut statuer que sur saisine conjointe du Président de la République et du Président du Conseil de la République, a pour mission d'examiner si les lois votées par l'Assemblée nationale n'impliquent pas modification de la Constitution.

En cas de loi inconstitutionnelle le Comité doit s'efforcer de réaliser un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République en proposant des amendements à la rédaction incriminée. Si cette tentative transactionnelle échoue et que le Comité décide que la loi implique une révision de la Constitution, celle-ci doit être entreprise selon les formes régulières. Les pouvoirs ainsi attribués au Comité Constitutionnel semblent relever davantage de la conciliation politique que de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

---

masurier : « La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur » (thèse Paris, 1952).

(14) Comptes rendus ananlytiques de l'A.N. constituante élue le 21 oct. 1945, pp. 141 et 619.

(15) Solution défendue notamment par M. Coste-Floret et combattue par M. J. Bardoux (compte rendu des séances de la Commission de la Constitution, pp. 101 et ss.).

(16) Cf. notamment la lettre de M. V. Auriol, Président de l'Assemblée en date du 3 septembre 1946.

(17) Comptes rendus analytiques (Assemblée Nationale élue le 2 juin 1946, p. 102).

### C. — L'activité du Comité Constitutionnel.

Elle fut des plus réduites (18) et ne donna lieu qu'à une seule délibération (19).

En l'espèce il s'agissait de savoir dans quel délai le Conseil de la République doit délibérer et émettre son avis sur un projet ou une proposition de loi, alors que l'Assemblée Nationale a adopté la procédure de discussion d'urgence. L'avis du Comité Constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité des art. 64 à 66 du Règlement de l'Assemblée Nationale qui ne prévoyait aucun délai pour les débats de celle-ci. Le Comité demanda donc à l'Assemblée Nationale de modifier son règlement en ce sens, ce que celle-ci fit avec la meilleure volonté (20).

### D. — La nature juridique de la délibération du Comité Constitutionnel.

Si l'on s'en tient aux seuls critères formels (21), il semble bien qu'aucun indice ne permette de reconnaître au Comité le caractère d'une juridiction. Au contraire l'application des critères matériels du but et de l'objet conférerait au Comité le caractère d'une authentique juridiction puisqu'il s'agit bien pour cet organe de trancher une question de droit en faisant une constatation portant sur la constitutionnalité d'un acte (22).

En revanche la définition matérielle fondée non plus sur le but et l'objet de l'acte, mais sur sa structure interne dément le caractère juridictionnel du Comité Constitutionnel (23). Le caractère complexe disparaît en effet puisque constatation et décision se trouvent dissociés entre deux autorités distinctes. Sans doute, comme le remarque M<sup>me</sup> Lemasurier :

« Cette constatation munie de la force de vérité légale, suffirait, selon la théorie de Jèze, à revêtir du caractère juridictionnel l'acte du Comité, mais cette définition est loin d'être admise par tous les auteurs et la

(18) Certains auteurs l'ont déploré, notamment M. Prelot : « Précis de droit constitutionnel », 1<sup>re</sup> éd. 1948, n° 455 et J. Laferrière : « Manuel de droit constitutionnel », 2<sup>e</sup> éd., 1947, p. 954.

(19) Celle du 18 juin 1948, R.D.P. 1949, p. 195.

(20) Cf. J.O.-A.N., 2<sup>e</sup> séance du 22 juin 1948, pp. 3805 à 3807 et 2<sup>e</sup> séance du 23 juin, p. 3880.

(21) Cf. ci-dessus, pp. 20 et ss.

(22) Ibid.

(23) C'est-à-dire celle de Duguit (cf. ci-dessus, p. 22).

« déclaration du Comité ne constitue guère qu'un embryon de juridiction » (24).

L'expérience du Comité Constitutionnel fut si limitée qu'aucune conclusion ne peut en être tirée.

Le discrédit et l'échec des Sénats conservateurs, le défaut de fonctionnement effectif du Comité Constitutionnel de la Quatrième République, le refus du juge de contrôler la conformité des lois à la Constitution, attestent que la juridiction constitutionnelle restait à « créer ». La Constitution de 1958 a donc largement innové à cet égard aussi, en instituant un Conseil Constitutionnel que ne préfigurait aucune institution antérieure.

Telles sont les données qu'il convient de prendre en considération avant d'aborder la question de la nature et du caractère des fonctions du Conseil Constitutionnel.

---

(24) Op. cit., p. 238. Ce caractère radicalement nouveau du Conseil Constitutionnel est bien mis en lumière par G. Pernot : « Du Comité Constitutionnel au Conseil Constitutionnel » in « Rev. pol. des Idées et des Institutions » 1958, pp. 545-552.

En ce sens M. L. Favoreu a très justement écrit : « Il est inutile de se tourner vers l'histoire constitutionnelle française du moins pour y trouver un modèle ou une source d'inspiration directe (Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », R.D.P. 1967.7).





## PREMIÈRE PARTIE

# NATURE ET CARACTÈRE DES FONCTIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT A CELLES DU CONSEIL D'ÉTAT STATUANT AU CONTENTIEUX

*La nature et le caractère des fonctions exercées par le Conseil Constitutionnel seront déterminées à l'aide des critères précédemment dégagés, de l'acte juridictionnel et de la juridiction constitutionnelle, ainsi que par référence aux décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux. La comparaison des décisions de la Haute Assemblée avec celles rendues par le Conseil Constitutionnel permettra d'établir si celles-ci émanent bien d'un organe juridictionnel et, dans l'affirmative, de préciser le caractère de cette juridiction.*

*Cette analyse comprendra deux grands titres :*

**TITRE I.** — Les caractéristiques organiques et formelles du Conseil Constitutionnel par rapport à celles du Conseil d'Etat.

**TITRE II.** — Les caractéristiques matérielles et la force de vérité légale des décisions du Conseil Constitutionnel par rapport à celles du Conseil d'Etat.



## *TITRE I*

### *LES CARACTERISTIQUES ORGANIQUES ET FORMELLES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT A CELLES DU CONSEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX*

Ces caractéristiques sont déterminées par les deux critères organiques et formels tirés de la composition et de l'organisation d'une part, de la procédure applicable d'autre part.

Quelque limitée que soit leur influence sur la détermination du caractère juridictionnel d'un organe, ces caractéristiques ne sauraient être négligées. C'est sur elles que se sont généralement fondés ceux des représentants de la doctrine qui ont refusé d'admettre que le Conseil Constitutionnel fût une juridiction.

L'examen de ces caractéristiques comprendra deux chapitres :

CHAPITRE I. — COMPOSITION ET ORGANISATION

CHAPITRE II. — PROCEDURE.





## CHAPITRE I

### COMPOSITION ET ORGANISATION DES DEUX CONSEILS

Bien plus que l'organisation du Conseil Constitutionnel, sa composition a fait l'objet de vives critiques et nombreux sont les auteurs qui y ont vu la preuve d'une différence irréductible le distinguant du Conseil d'Etat comme un organe politique se différencie d'un organe juridictionnel (1).

La comparaison de la composition et de l'organisation des deux Conseils s'impose en conséquence.

#### SECTION I COMPOSITION

L'étude comparée de la composition des deux Conseils comprend à la fois celle du recrutement et du statut des membres.

##### § 1. — *Recrutement.*

Apparemment tout semble opposer les modes de recrutement des deux Conseils. Alors que le Conseil d'Etat comprend près de 200 membres (2), le Conseil Constitutionnel n'en compte que neuf et ceux-ci ne font pas carrière au sein du Conseil, à la différence de la majorité de ceux-là. En outre, l'accès au Conseil d'Etat dépend,

---

(1) Cf. en ce sens, outre les « Institutions politiques et droit constitutionnel » précités de MM. Burdeau, Duverger et Prélôt; F. Batailler, op. cit., p. 33 et G. Berlia : « La France et le Gouvernement des Juges » in « La Justice » (Colloque, Nice, 1961, p. 135).

(2) Au 1<sup>er</sup> janvier 1969, le Conseil d'Etat se composait de : 32 auditeurs — 74 maîtres des requêtes — 65 conseillers en service ordinaire — 5 présidents de section — le vice-président et en outre 12 conseillers en service extraordinaire, soit en tout cent quatre-vingt-neuf membres.

au moins pour la majeure partie de ses membres, d'un rang de sortie brillant d'une grande école prestigieuse alors que l'appartenance au Conseil Constitutionnel semble souvent procéder de la « camaraderie » politique. Ce sentiment, assez généralement répandu, a contribué à renforcer l'opposition entre le Conseil Constitutionnel — organe politique — et le Conseil d'Etat — organe juridictionnel. Assez rapidement, cette idée a donné naissance à un second thème, celui de l'incompétence technique des membres du Conseil Constitutionnel, contrastant avec la parfaite maîtrise de la science juridique qui caractériserait au contraire le personnel du Conseil d'Etat.

Ainsi, tant par son recrutement que par le défaut de qualification technique de ses membres, le Conseil Constitutionnel s'opposerait au Conseil d'Etat et affirmerait, par là même, son caractère d'organe purement politique.

Qu'en est-il exactement ?

A. — Voies d'accès au Conseil d'Etat et au Conseil Constitutionnel.

1) La sortie en bon rang de l'E.N.A. comme garantie d'un recrutement impartial.

A l'ancien système de recrutement des membres du Conseil d'Etat, fondé sur un concours spécifique, a succédé en 1945, l'affectation au Conseil à la sortie de l'Ecole nationale d'Administration (3), en fonction du rang de sortie. Et il est bien connu que ce sont les élèves les mieux classés qui choisissent de rallier le Conseil (4).

L'impartialité et la qualité du recrutement sont ainsi hors de doute. Une fois entré au Conseil d'Etat, l'auditeur de seconde classe gravira un à un tous les échelons du « cursus honorum » avant d'accéder au rang de Conseiller d'Etat. De par cette carrière, les membres du Conseil semblent présenter toutes les garanties indispensables afférentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle.

A cette donnée paraît s'opposer celle née de la désignation des membres du Conseil Constitutionnel par les titulaires des plus hautes charges publiques, désignation si souvent dénoncée comme le fruit

---

(3) Les raisons et les buts de cette réforme ont été exposés plusieurs années après, par son promoteur M. Debré en ces termes : « l'Etat ne trouvait son compte ni dans cette division artificielle entre les grands concours et les autres, ni dans cet affaiblissement progressif des administrations centrales (« le C.E. et l'E.N.A. » in « Livre jubilaire du C.E. », p. 473). Pour une critique de cette réforme, cf. H. Puget : « Tradition et Progrès au sein du C.E. » in « Revue internationale des sciences administratives », 1, 1951, p. 13).

(4) M. C. Kessler : « Le Conseil d'Etat », p. 153.

de la pure « camaraderie politique ». Pourtant, le recrutement des membres du Conseil d'Etat par l'E.N.A. n'est pas le seul mode de désignation des membres de cette haute assemblée. Une partie des maîtres des requêtes et des Conseillers est en effet issue du « tour extérieur » et dépend donc du choix discrétionnaire du Gouvernement.

2) La dénonciation de la « camaraderie politique » dans la désignation des membres du Conseil Constitutionnel.

Les membres du Conseil Constitutionnel sont désignés pour neuf ans, à raison de trois par le Président de la République, trois par le Président du Sénat et trois par le Président de l'Assemblée Nationale. Leur mandat n'est pas renouvelable. Dès l'origine ce système a fait l'objet de vives critiques et a été dénoncé comme instituant la consécration du principe de la désignation en fonction de critères purement politiques (5).

Ainsi, à un mode de recrutement impartial fondé sur la compétence paraît s'opposer un mode fondé sur les affinités politiques. La première désignation de membres du Conseil a encore contribué à renforcer ce sentiment. Dans un article impitoyable, M. Eisenmann (6) pouvait en effet écrire :

« à considérer la majorité des fauteuils constitutionnels on penserait « que... l'esprit de faveur, d'amitié, de complaisance est plus difficile à « tuer que les malformations constitutionnelles à redresser. »

Mais quelque fondement qu'aient paru avoir ces critiques à l'époque où elles étaient émises, elles semblaient néanmoins perdre de vue que la juridiction constitutionnelle ne saurait en aucun cas être recrutée de la même manière que la juridiction administrative.

D'autres auteurs, sensibles à cette objection, ont cherché, par une comparaison avec les juridictions constitutionnelles étrangères, les moyens d'éviter une politisation excessive du recrutement. A défaut de l'exemple américain, typique d'un mode de désignation spécifi-

---

(5) Cf. notamment A. Grosser : « A propos d'une déception : Le Conseil Constitutionnel » (La Croix, 11 mars 1959) et R. Pinto : « La composition du Conseil confirme son caractère purement politique. En fait, les personnalités désignées représentent d'une façon approximativement proportionnelle, les groupements politiques représentés au sein du Parlement » (« le contrôle de la constitutionnalité des lois dans la Constitution » in « Etudes juridiques »). Cette opinion est également formulée dans les manuels précités de MM. Burdeau, Duverger, Prélot et Hauriou.

(6) « Palindromes ou stupeur » (Le Monde du 5 mars 1959).

quement politique et sans garantie apparente (7), les modèles italien et allemand ont généralement été retenus comme offrant l'exemple d'un recrutement équilibré et dégagé, autant que faire se peut, des contingences de la mêlée politique.

Un examen plus approfondi de ces deux systèmes ne permet cependant pas de partager cette opinion. Un tiers des membres de la Cour italienne est désigné par le Président de la République, comme en France, et le second tiers par les deux chambres (8); seul le dernier tiers, qui est nommé par les hauts magistrats, échappe à peu près à la politisation complète. Quant au système allemand de recrutement par la voie de l'élection par les assemblées fédérales, son caractère démocratique a généralement été loué et opposé au caractère de « bon plaisir » du système français (9). Cette opposition est pourtant toute théorique et les auteurs les plus perspicaces n'ont eu aucune peine à démontrer que le caractère prétendument démocratique de la désignation par les assemblées politiques masquait mal la réalité qui tendait à réduire la composition de la Cour à « un simple reflet de l'échiquier politique du pays » (10).

En revanche, le système français offre l'avantage d'une désignation par les trois plus hautes autorités de l'Etat, procédant chacune d'un mode d'élection distinct : le Président de la République, élu au suffrage universel direct par tout le pays rassemblé en une seule circonscription ; le Président de l'Assemblée Nationale désigné par les députés, eux-mêmes élus à raison d'un seul par circonscription, au suffrage universel direct ; le Président du Sénat désigné par les Sénateurs, eux-mêmes élus par un collège de grands électeurs, infiniment plus restreint que l'électorat de l'Assemblée Nationale.

(7) Si ce n'est l'approbation du Sénat comme préalable à la nomination, ladite approbation n'étant qu'un mode politique de contrôle.

(8) Sur le marchandage qui s'instaure entre les partis politiques pour la désignation des membres élus par les Chambres, cf. l'étude de M. Thierry Godechot : « L'indépendance de la Cour constitutionnelle italienne » (Revue de science politique éditée par l'I.E.P. de Toulouse, 1962, n° 5 et 6), qui démontre bien que les membres ne sont nommés par les Chambres qu'en fonction de pures combinaisons politiques.

(9) M. Hortus a écrit en ce sens : « ce système (français) de désignation, à l'inverse du système allemand, est assez peu conforme au système démocratique » (op. cit., p. 26).

(10) Selon l'expression de M. Lassalle (op. cit., p. 125). La même démonstration est rapportée de façon irréfutable par M. Favoreu (art. cité, p. 77). De même M. Buerstedde remarque que pour être désigné au Tribunal constitutionnel fédéral « l'appartenance politique est plus importante que la compétence technique » (op. cit., p. 203) et M. Godechot constate que la Cour italienne ne comprend guère que sept membres recrutés pour leur compétence technique, les autres étant plus notoirement connus comme membres de partis politiques que comme juristes (art. cité).



Ainsi le mode de recrutement français, qui a fait l'objet de tant de critiques et constitué le seul fondement sur lequel nombre d'auteurs ont dénié au Conseil Constitutionnel la qualité de juridiction, s'il n'évite pas la politisation inhérente à la composition de toute juridiction constitutionnelle, offre finalement l'exemple d'un système au moins aussi équilibré et indépendant que celui des juridictions étrangères qui lui sont si souvent offertes en exemple. Il n'est, en définitive, pas si éloigné du recrutement idéal destiné à assurer la liberté et l'indépendance de la juridiction constitutionnelle, tel que le concevait Kelsen :

« Le nombre de ses membres ne devra pas être trop élevé, étant donné  
 « que c'est sur des questions de droit qu'elle est appelée essentiellement  
 « à se prononcer, qu'elle doit remplir une mission proprement juridique  
 « d'interprétation de la Constitution. Parmi les modes de recrutement  
 « particulièrement typiques, on ne saurait prôner sans réserves ni la  
 « simple élection par le Parlement, ni la nomination exclusive par le  
 « Chef de l'Etat ou par le Gouvernement. Peut-être pourrait-on les  
 « combiner... Il est également important d'exclure de la juridiction cons-  
 « titutionnelle les membres du Parlement ou du Gouvernement, puisque  
 « ce sont précisément leurs actes qu'elle doit contrôler » (11).

### 3) Tour extérieur et limites du recrutement impartial des membres du Conseil d'Etat.

Le recrutement des membres du Conseil d'Etat ne se fait pas uniquement par le biais du « cursus honorum » qui suit, tout au long d'une carrière, l'affectation à la haute Assemblée à la sortie de l'E.N.A. Une partie des membres du Conseil est, en fait, issue du tour extérieur. C'est ainsi qu'un quart des maîtres des requêtes et un tiers des conseillers peuvent être nommés par le Gouvernement en dehors du personnel ayant fait carrière au sein du Conseil, sous les seules conditions, pour les premiers d'être âgés de trente ans au moins et d'avoir accompli au moins dix ans de service public et, pour les seconds, d'être âgés de quarante-cinq ans, sans autres exigences (12).

---

(11) Article cité R.D.P. 1928.227. Il faut souligner également que l'inamovibilité des Conseillers pendant les neuf ans que dure leur mandat, ainsi que la règle selon laquelle ce mandat n'est pas renouvelable, sont de nature à assurer la pleine et entière indépendance des membres du Conseil Constitutionnel. Aucun membre du Conseil ne s'est d'ailleurs vu confier de sinécure à l'expiration de ses fonctions.

(12) Ce système date *grosso modo*, de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1923 (art. 7). Il est remarquable de noter que ce n'est qu'en 1900 qu'on été abrogées

Le risque de nominations inspirées par des motifs purement politiques subsiste et seule l'étude des nominations au tour extérieur permet d'évaluer son importance réelle.

Il est certain que la part de la politique dans les nominations au tour extérieur a été importante dans les périodes troublées. Sans doute l'époque du Front Populaire n'a-t-elle pas vu entrer au Conseil autant de protégés du gouvernement qu'une tradition pourtant bien établie le prétend (13), mais le régime de Vichy et la Libération allaient provoquer un « brusque flux et reflux » (14). Le gouvernement de Vichy n'effectua presque aucune nomination au tour extérieur mais une fraction des membres du Conseil fut éliminée (15). La libération devait en revanche provoquer une brusque modification de la composition de la Haute Assemblée. Tandis qu'une partie importante des conseillers « vichystes » était épurée (16), un très sérieux apport d'éléments nouveaux était enregistré au cours de l'année 1944 et la vague de renouvellement se prolongea jusqu'en 1947. Le seul trait commun de tous ces hommes neufs et d'origine professionnelle très variée, est l'appartenance à des mouvements de Résistance et la fidélité à la France Libre (17).

Pour la première fois dans l'histoire du corps, le nouveau vice-

les dispositions des lois de 1872 et 1875 qui laissaient à la discrétion du gouvernement la nomination à tous les emplois de maîtres des requêtes, et de conseillers. Et encore en 1900, le gouvernement n'était tenu qu'à désigner la moitié des conseillers parmi les maîtres des requêtes. La Haute Assemblée a donc mis plus d'un siècle à se dégager du principe du recrutement discrétionnaire par le gouvernement. L'existence de ce mode de désignation purement politique n'a cependant jamais conduit aucun juriste à dénier le caractère juridictionnel des décisions rendues par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, à la différence de ce qui se passera ultérieurement pour le Conseil Constitutionnel.

(13) En 1936, il n'y eut aucune nomination au tour extérieur et en 1937, il n'y en eut que deux, mais effectuées au sein de l'administration. En revanche, en 1938, il y eut une fournée assez importante : trois fonctionnaires devinrent maîtres des requêtes et quatre conseillers furent également nommés au tour extérieur, dont un avocat à la Cour. Il semble bien que l'amitié politique n'ait pas été étrangère à ces désignations.

(14) M. C. Kessler, *op. cit.*, p. 159.

(15) Neuf d'entre eux en raison de leurs origines israélites par application des lois du 27 juillet 1940; cinq autres membres en raison de leurs opinions politiques.

(16) Cf. ci-dessous, pp. 66-67.

(17) L'origine professionnelle des nouveaux membres était la suivante :

#### *Maîtres des Requêtes*

1944.

Un commissaire de la marine.

Un chef de cabinet du Ministre des transports.

Un préfet.

Deux membres issus du personnel enseignant des facultés de droit.

Président du Conseil d'Etat n'était pas un ancien Conseiller (18). Ainsi le caractère principalement politique des nominations au tour extérieur lors de la Libération, ne fait aucun doute.

En dehors des périodes troublées, les nominations politiques sont moins nombreuses, ou en tout cas moins voyantes, et semblent intervenir davantage pour l'accès au poste de conseiller qu'à la position de maître des requêtes (19).

Au terme d'une série d'enquêtes et d'interviews menée auprès des membres de la Haute Assemblée, un sociologue a conclu, avec un coefficient d'erreurs qui semble réduit, que la proportion des maîtres des requêtes nommés au tour extérieur pour des motifs politiques n'était que de 3,5 % sous la Troisième République et de 4,3 % sous la Quatrième. Cette proportion aurait encore été réduite sous la Cinquième (20). En revanche, il apparaît que l'accès aux fonctions de Conseiller est beaucoup plus nettement politisé. Sous la Troisième République, cinq nominations sur quatorze ont été purement politiques et certains des neuf autres fonctionnaires nommés ont certainement bénéficié d'une protection politique. Des désignations intervenues sous la Quatrième République, six sont rigoureusement déterminées par des affinités politiques et quatre des conseillers ainsi désignés ont poursuivi ultérieurement une carrière politique (21).

La politique est donc loin d'être totalement absente des nomina-

Deux anciens membres du Comité juridique d'Alger.

Un substitut adjoint au Procureur de la République.

1946.

Un sous-directeur du ministère de l'Agriculture, membre des cabinets ministériels en 1945.

Un directeur adjoint au cabinet du ministre de l'Intérieur.

#### *Conseillers d'Etat*

1944.

Un directeur des Affaires judiciaires et des grâces à la France libre.

Un directeur général des Beaux-Arts.

Un jurisconsulte du service de législation du Ministère de l'Intérieur.

Un intendant général.

Un préfet.

1945 — Un inspecteur général des Ponts-et-Chaussées.

1947 — Un commissaire général de la République à Rennes.

(18) Il s'agissait de M. René Cassin, Professeur agrégé des Facultés de droit, qui avait présidé le comité juridique chargé de remplacer le Conseil auprès de la France Libre.

(19) La preuve du caractère politisé du tour extérieur n'est pas facile à rapporter car il faut connaître d'une part la profession et la carrière antérieure du nouveau membre du Conseil, d'autre part ses attaches avec le parti ou l'homme politique qui l'a nommé.

(20) M. C. Kessler, op. cit. p. 161.

(21) MM. Dayan, Lecanuet, Kosciusko-Morizet et Valléry-Radot (cf. M. C. Kessler, op. cit. pp. 160 et s.).

tions au tour extérieur, même si elle ne joue un rôle exclusif que pendant les périodes de troubles.

La question de la compétence des membres recrutés par le tour extérieur reste posée alors qu'une partie non négligeable de la doctrine a vu dans « l'incompétence » des membres du Conseil Constitutionnel la preuve du caractère politique et non juridictionnel de cet organe.

#### B. — Les compétences techniques respectives des membres des deux Conseils.

L'incompétence technique des membres du Conseil Constitutionnel, en particulier leur défaut de formation juridique, est souvent invoquée comme preuve du caractère politique et non juridictionnel de cet organe. A l'appui de ce premier argument, on fait généralement valoir en outre que le grand âge des membres du Conseil Constitutionnel les met de surcroît dans l'incapacité d'exercer effectivement les fonctions de leur charge. Ces deux phénomènes — incompétence juridique et sénilité — marqueraient bien le contraste entre le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat, juridiction composée de juristes compétents et soumise aux règles classiques de la fonction publique quant à l'âge de la retraite.

##### 1) La compétence juridique.

En France, comme aux Etats-Unis, mais contrairement aux principes prévalant en Allemagne et en Italie, aucun diplôme juridique n'est exigé des conseillers constitutionnels.

La première fournée de nominations au Conseil Constitutionnel a donné une apparence de vraisemblance à la thèse de l'incompétence juridique des membres de celui-ci (22). On y trouvait en effet un diplomate, un conseiller à la Cour de Cassation, un banquier, un conseiller d'Etat, trois avocats, un ancien directeur d'entreprise privée et un médecin, mais six membres, soit les deux tiers du Conseil, étaient titulaires de la licence en droit et deux des trois autres membres avaient appartenu au Conseil d'Etat où ils étaient entrés par le tour extérieur, l'un comme conseiller (M. Léon Noël), l'autre comme maître des requêtes (M. Pompidou).

---

(22) M. Eisenmann écrivait alors (art. précité) : « Le Conseil aurait dû être formé du maximum possible d'hommes indiscutablement qualifiés par la nature de leurs fonctions antérieures... que tous les conseillers satisfassent à ce genre d'exigences, je ne crois pas qu'il soit possible à un esprit indépendant de l'admettre. »



Après le renouvellement en 1962 du tiers des membres nommés pour trois ans en 1959, on devait compter à nouveau six juristes au Conseil. La proportion de juristes ne devait jamais plus être inférieure aux deux tiers des membres. En 1965, siégeaient au Conseil trois agrégés des facultés de droit (23), deux avocats (24) et un conseiller juridique de grandes sociétés (25). Après le renouvellement de 1968, huit membres du Conseil étaient au moins titulaires de la licence en droit. En février 1971, sept conseillers étaient au moins titulaires de la licence en droit, deux d'entre eux étant même agrégés des facultés de droit (26). On comptait en outre deux anciens ministres (27).

Or on sait qu'un quart des maîtres des requêtes et un tiers des conseillers d'Etat peuvent être nommés au tour extérieur et recrutés indifféremment tant parmi les juristes que parmi les non-juristes. Des membres du Conseil d'Etat nommés au tour extérieur siègent également à la section du contentieux bien que rien dans leur carrière antérieure ne semble les avoir préparés à la subtilité de l'analyse contentieuse (28).

En règle générale, les membres du Conseil Constitutionnel ne sont ni plus incompetents ni plus ignorants du droit que leurs collègues du Conseil d'Etat parmi lesquels figurent également, jusqu'à la section du contentieux même, des non-juristes. Au contraire, la coexistence de juristes et d'hommes politiques ayant une solide pratique de la vie parlementaire ou ministérielle, semble le meilleur gage d'une justice constitutionnelle sérieuse et réaliste (29). En définitive les membres non juristes du Conseil Constitutionnel jouent à l'intérieur de leur organe le même rôle que les membres du Conseil d'Etat recrutés au tour extérieur, au sein du leur : représentant une inflexion

---

(23) MM. Cassin, Luchaire et Waline.

(24) MM. Gilbert-Jules et Michard-Pellissier.

(25) M. Henri Monnet.

(26) MM. Luchaire et Paul Coste-Floret.

(27) MM. Henri Rey et Gaston Palewski.

(28) M. C. Kessler note pertinemment à ce sujet : « En fait, même si les nouveaux venus sont des fonctionnaires ayant une réelle expérience administrative et présentent des garanties d'indépendance politique, ils peuvent être difficilement assimilables par le Conseil. C'est ainsi que certaines personnes ne peuvent s'adapter aux méthodes de travail très spéciales et à l'exercice subtil que représente l'analyse contentieuse. » (op. cit. p. 163).

(29) Contrairement à ce que pensent certains auteurs qui estiment que le critère d'une authentique juridiction constitutionnelle serait de ne comprendre que des théoriciens du droit constitutionnel. En ce sens : M. Duverger, op. cit. p. 816 et C. Hortus qui écrit : « que les juristes dominant, certes, mais cela ne prouve pas chez tous une aptitude spéciale à dénouer les problèmes posés par l'application de la Constitution » (op. cit. p. 35).



au phénomène du corps homogène, ils évitent à celui-ci de connaître cet isolement qui provoque à la longue la sclérose.

L'opposition entre la compétence juridique des membres du Conseil d'Etat et l'incompétence de ceux du Conseil Constitutionnel, dans laquelle certains voyaient même le clivage entre un organe juridictionnel et un organe politique, ne résiste pas à l'analyse.

2) La physionomie du Conseil Constitutionnel et le mythe de l'incapacité de ses membres.

Les membres du Conseil d'Etat en service ordinaire ne peuvent continuer à exercer leurs fonctions au-delà d'un certain âge et sont soumis en cela aux règles générales afférentes à la fonction publique (30). En revanche, aucune règle de ce type ne contraint les membres du Conseil Constitutionnel à prendre leur retraite et ceux-ci peuvent être nommés nonobstant leur âge.

Aussi le thème du « grand âge », voire de la « sénilité » des membres du Conseil Constitutionnel, a-t-il rapidement pris, sous la plume de certains auteurs, une coloration beaucoup plus politique que juridique. Outre qu'il faut toujours avoir à l'esprit qu'une juridiction constitutionnelle ne peut, par nature, être recrutée selon les mêmes critères qui servent à la composition de la juridiction administrative, une comparaison avec les juridictions étrangères démontre l'inexactitude de cet argument. Si en 1959, l'âge moyen des membres du Conseil Constitutionnel était de 64,8 (31), il tombait à 63,8 en 1965 et remontait à 66,6 en février 1971, à la veille du renouvellement d'un tiers des sièges. A la suite de ce renouvellement, il était de 63,3. Ceci explique qu'au terme d'une comparaison très poussée avec les juridictions étrangères, M. Favoreu (32) ait pu conclure :

« En toute hypothèse, on ne peut dire sans nuances que le Conseil « Constitutionnel soit composé de personnes âgées, insusceptibles de ce « fait d'exercer une activité par ailleurs » (33).

---

(30) En réalité ces règles sont un peu plus larges que celles énoncées par le statut général des fonctionnaires puisqu'elles permettent aux conseillers d'Etat de rester en fonction jusqu'à l'âge de soixante-dix ans et même d'obtenir une prolongation de deux ans au titre d'anciens combattants ou anciens résistants. A cet égard la situation des membres du Conseil d'Etat s'apparente à celle des professeurs de l'enseignement supérieur.

(31) Soit une moyenne inférieure à la même époque à celle de l'Italie (64,9) et guère supérieure à celle des Etats-Unis (62,7) et de l'Allemagne (60). Le renouvellement de février 1971 a contribué à un abaissement sensible de l'âge moyen des Conseillers.

(32) Article cité pp. 75 à 77, cf. notamment le tableau très détaillé de l'évolution de l'âge moyen des conseillers constitutionnels en France pendant le premier septennat de la V<sup>e</sup> République.

(33) Ibid., p. 78.

Malgré le démenti des faits, et bien que l'âge moyen des membres du Conseil Constitutionnel ne les empêche nullement d'assurer l'exécution de leurs fonctions, le mythe du « Conseil de retraités » agité pour la première fois par M. P. Reynaud devant le Comité consultatif constitutionnel (34) a eu la vie longue et a été repris par les partisans de la nature politique du Conseil Constitutionnel, qui ont opposé à celui-ci le dynamisme du Conseil d'Etat, authentique juridiction.

Il est donc évident que la thèse du caractère politique du Conseil Constitutionnel, fondée sur le mode de recrutement de ses membres, est absolument erronée en droit. Ce recrutement est bien celui d'une juridiction constitutionnelle et non d'un organe politique, comme il a été si souvent affirmé: Il est politisé dans la mesure où le recrutement des juges constitutionnels l'est inévitablement.

## § 2. — *Statut des membres.*

L'indépendance des membres d'un organe a souvent été considérée comme la condition nécessaire, sinon suffisante de l'existence d'une juridiction et, surtout, de son bon fonctionnement (35). Cette notion d'indépendance s'entend d'abord par rapport au pouvoir politique mais existe également par rapport aux autres pressions dont les membres de la juridiction pourraient éventuellement être l'objet. Il s'agit alors d'imposer à ces membres des obligations particulières afin d'assurer ce que Carré de Malberg appelait « la haute valeur de la sentence du Juge ».

### A. — L'indépendance par rapport au pouvoir politique.

Du principe de l'indépendance des membres d'une juridiction, la Constitution et la loi organique ont déduit une conséquence majeure : l'inamovibilité des magistrats du siège (art. 64 et ordonnance du 22 décembre 1958). Ceci ne signifie pas que les juges ne peuvent jamais être atteints par une sanction disciplinaire ou même, le cas échéant, révoqués, mais qu'ils ne peuvent l'être en dehors des formes et conditions légales, infiniment plus protectrices que celles régissant

---

(34) « Travaux préparatoires de la Constitution », p. 73. A cette objection le Garde des Sceaux avait répondu en ces termes : « Je précise que le Président de la République désignera comme membres du Conseil, non pas des retraités mais des personnes en pleine activité. »

(35) Cf. à ce sujet traités et manuels et notamment : P. Catala et F. Terré « Procédure civile et voies d'exécution » n° 115 (Paris 1965).

les fonctionnaires ordinaires. Or, cette règle d'inamovibilité n'existe pas formellement au profit des membres du Conseil d'Etat (36). Quant aux Conseillers Constitutionnels, ils sont inamovibles durant le terme de neuf ans pendant lequel ils exercent leurs fonctions.

### 1) L'absence d'inamovibilité et sa portée.

Formellement, les membres du Conseil d'Etat ne sont pas inamovibles et les membres du Conseil Constitutionnel irrévocables pendant la durée de leur mandat, ne peuvent en obtenir le renouvellement à l'expiration du terme de neuf ans.

Exerçant des fonctions juridictionnelles, les membres du Conseil d'Etat devraient, en principe, être inamovibles. Mais leurs fonctions de juge se doublent de celles de membres de l'administration active. Comme tels, ils ne peuvent se voir assurer statutairement l'inamovibilité car l'Etat doit garder le pouvoir de sanctionner ceux qui ont mission de le servir, s'ils viennent à manquer à leurs tâches. C'est pourquoi, il est admis que les Conseillers d'Etat peuvent être révoqués par décret rendu en Conseil des Ministres, sur proposition du Garde des Sceaux, et les maîtres des requêtes et auditeurs après avis d'une commission consultative composée du vice-président du Conseil d'Etat et des présidents de section (37). Mais ce principe écrit a été doublé pour une règle non écrite (38) qui, en temps habituel, a prévalu sur lui : amovibles en droit, les membres du Conseil d'Etat sont inamovibles en fait. Ainsi, l'indépendance nécessaire à tout juge digne de ce nom a été garantie aux membres de la Haute Assemblée par une tradition suivie pendant de nombreuses années. Quant à l'avancement il a lieu, en fait, à l'ancienneté, ce qui évite l'arbitraire. Une commission consultative, à laquelle les maîtres des requêtes et les auditeurs sont représentés, en régularise le cours (39).

Mais respectées en temps ordinaires, ces règles ont connu des exceptions au cours des périodes troublées. C'est ainsi que quatorze membres furent éliminés par le régime de Vichy, tandis que nombre

---

(36) Le Conseil d'Etat lui-même a eu l'occasion de préciser que l'expression « Statut des Magistrats », employée par l'article 34 de la Constitution devait être entendue au sens de l'article 64 de la Constitution, c'est-à-dire comme concernant uniquement les magistrats de l'ordre judiciaire (2 fév. 1962, Beausse, Rec. 82).

(37) Art. 13 et 14 du décret n° 63-767 du 30 juillet renforçant les garanties accordées aux membres en cas de poursuites disciplinaires.

(38) Cette règle n'a souffert aucune exception de 1879 à 1940. En février 1879, les Républicains ayant pris définitivement « possession » de la République, le vice-président Andral et neuf Conseillers monarchistes avaient été révoqués.

(39) Cf. Jean Rivero, « Droit administratif », p. 196.



de leurs collègues étaient absents, prisonniers ou même détachés (40). La purge effectuée à la Libération fut plus sévère encore : la révocation sans pension atteignit vingt conseillers, maîtres des requêtes et même auditeurs tandis que trois membres du Conseil étaient mis à la retraite d'office. Des mises en disponibilité pour trois ans et des admissions à faire valoir des droits à la retraite complétèrent la panoplie des sanctions mais il est difficile d'en préciser le nombre exact (41).

Toutefois cette épuration était liée à des phénomènes politiques extérieurs et sans rapport aucun avec l'activité proprement juridictionnelle de la Haute Assemblée.

Une atteinte beaucoup plus grave à l'indépendance des membres du Conseil a été commise avec « l'affaire Jacomet » (42) M. Jacomet, maître des requêtes au Conseil, en détachement en Algérie en qualité de Secrétaire général auprès du Délégué général du Gouvernement, avait remis à celui-ci sa démission pour protester contre la politique algérienne du Président de la République. Il fut, en conséquence, révoqué de ses fonctions au Conseil d'Etat bien que le bureau du Conseil, consulté entre-temps, ait donné un avis défavorable à une telle mesure (43).

La Haute Assemblée ne statua jamais sur le recours aussitôt introduit devant elle par son ancien membre. Puis, en janvier 1969, M. Jacomet fut réintégré par décret, fruit d'une décision absolument discrétionnaire de l'Exécutif.

Les conditions de la révocation, puis de la réintégration de M. Jacomet illustrent les limites de l'indépendance du Conseil d'Etat et montrent la difficulté qu'il peut y avoir, dans certaines circonstances, à concilier la responsabilité du fonctionnaire et l'inamovibilité du juge (44). Les membres du Conseil d'Etat ont l'habitude de quitter leur corps pour exercer des fonctions dans l'administration active. Historiquement, c'est presque toujours en raison de telles activités que les personnalités éliminées du Conseil ont été sanctionnées.

---

(40) Robert Aron : « Histoire de Vichy », p. 409.

(41) Un tableau très détaillé des sanctions prises à la Libération figure dans M. C. Kessler, op. cit. p. 67.

(42) Sur les circonstances, le déroulement et le dénouement de la crise, cf. l'étude très complète de J.-P. Negrin : « Le Conseil d'Etat et la vie politique en France depuis 1958 » (Paris 1968).

(43) Pour la critique de la légalité du décret de révocation, se reporter à G. Morange : « Les principes généraux du droit et la V<sup>e</sup> République », R.D.P. 1960.1191.

(44) Cette distorsion est d'autant plus accentuée que M. Jacomet n'avait accompagné sa démission d'aucune manifestation publique. Ce n'était donc



En revanche le Conseil Constitutionnel n'est pas associé au fonctionnement actif de l'administration et son rôle non juridictionnel est strictement limité à l'énoncé d'avis qui, n'ayant que valeur consultative, ne lie jamais le Président de la République ni le Gouvernement.

Comme la contradiction entre les fonctions de juges et celles d'administrateurs n'affecte pas la situation des membres du Conseil Constitutionnel, le principe de l'irrévocabilité a pu être assuré à ceux-ci par les textes.

2) L'irrévocabilité des membres du Conseil Constitutionnel pendant la durée de leur mandat.

Nommés pour neuf ans, les membres du Conseil Constitutionnel ne peuvent être révoqués de leur mandat. Ce principe d'irrévocabilité ne saurait évidemment être absolu, mais il implique, de la façon la plus classique, que les membres ne peuvent être éliminés du Conseil que dans des cas strictement et limitativement énoncés et selon une procédure offrant toute garantie aux intéressés. Des conditions de la mise en œuvre de ces garanties dépendent finalement la valeur et la portée de la règle d'irrévocabilité. Or on ne peut que constater à cet égard le caractère direct et efficace des garanties offertes aux membres, en particulier en ce qui concerne la cessation des fonctions, critère essentiel de l'irrévocabilité. Une fois nommé, le membre du conseil ne quitte son poste avant l'expiration de ses fonctions que de sa propre volonté (démission volontaire) ou par démission d'office. Celle-ci ne peut être prononcée que par le Conseil lui-même (45) et après constatation, conformément à la procédure fixée par l'ordonnance du 7 novembre 1958 (46), que le membre en cause se trouve dans l'une des situations prévues par les textes comme devant entraîner la cessation des fonctions.

« La démission d'office... est tantôt la sanction de l'exercice d'une activité ou de l'acceptation d'une fonction ou d'un mandat électif incompatible avec la qualité de membre du Conseil ; ou, d'une façon générale « d'un manquement grave à une obligation prévue par le décret du 13 novembre 1959 ; tantôt la sanction d'une incapacité de droit ou de fait « résultant soit de la perte des droits civils ou politiques, soit de « l'incapacité physique à l'exercice des fonctions » (47).

---

ni en qualité de membre du Conseil d'Etat, ni dans l'exercice de ses fonctions au Conseil qu'il avait été conduit à donner sa démission.

(45) Art. 5 du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959.

(46) Art. 10 et 11.

(47) N.E.D. précité sur le Conseil Constitutionnel, p. 5.

Les fonctions de membre du Conseil Constitutionnel ne peuvent donc prendre fin, antérieurement au terme normalement fixé pour leur expiration, que par une décision du Conseil lui-même, statuant à la majorité simple des membres le composant (48). C'est là une garantie fondamentale de l'indépendance des membres du Conseil Constitutionnel, garantie dont sont loin de bénéficier leurs collègues du Conseil d'Etat (49).

Le critère du statut des membres d'un organe, dont le caractère, pour être subsidiaire n'en est pas moins indicatif de la nature de cet organe (50), consacre davantage le caractère purement juridictionnel du Conseil Constitutionnel que celui du Conseil d'Etat. Quant au non-renouvellement du mandat des membres du Conseil Constitutionnel, il ne semble pas qu'il plaide contre le caractère juridictionnel de cet organe. Les juges non soumis à renouvellement sont plus indépendants et l'autorité résultant de la permanence du magistrat, invoquée par certains auteurs (51), présente de sérieux inconvénients qui touchent essentiellement à l'indépendance politique des juges.

Le statut des membres du Conseil Constitutionnel français assure finalement leur indépendance par rapport au pouvoir politique, au moins aussi bien que celle des membres du Conseil d'Etat (52).

#### B. — L'indépendance des juges par rapport aux influences non politiques.

Les membres d'une authentique juridiction doivent être indépendants par rapport aux pressions et influences extérieures à la politique qui sont également susceptibles de s'exercer sur les juges.

---

(48) Y compris les membres de droit (art. 6 du décret précité du 13 novembre 1959).

(49) L'avis demandé au bureau du Conseil d'Etat avant la prise de sanctions éventuelles contre un membre de cette haute juridiction n'a qu'une valeur purement consultative. On se souvient que dans « l'affaire Jacomet », cet avis avait été négatif et malgré une question écrite du député Mignot au Premier Ministre, le gouvernement n'en tint aucun compte.

(50) Cf. ci-dessus, Introduction chapitre premier, section I.

(51) Notamment, C. Hortus (op. cit., p. 26) qui oppose cette règle au principe du renouvellement admis en Allemagne et en Italie, principe dont il méconnaît qu'il risque de conduire les magistrats à rendre des décisions conformes à ce qu'attendent les groupes politiques dont dépend leur réélection. Quant au système américain de l'inaévolabilité à vie, il aboutit à une consécration de la gérontocratie (« Un juge ne démissionne jamais et meurt rarement »).

(52) Celle-ci a encore été réduite par le décret n° 63-767 du 30 juillet 1963 qui prévoit que les membres du Conseil d'Etat élus au Parlement peuvent, lorsqu'ils cessent d'être parlementaires, se voir refuser l'affectation à une formation du Conseil et être délégués auprès d'un Ministre.

A cet égard, les membres du Conseil d'Etat semblent mieux protégés que ceux du Conseil Constitutionnel.

1) En effet, les membres du Conseil d'Etat sont soumis à toutes les incompatibilités avec des fonctions privées qui frappent tous les fonctionnaires en général (53) en application du statut général de la fonction publique. En revanche les Conseillers constitutionnels ne sont soumis qu'à quelques rares cas d'incompatibilité avec d'autres fonctions publiques (poste ministériel) (54) ou politiques (mandat parlementaire, occupation au sein d'un parti ou groupement politique d'un poste de responsabilité ou de direction). Ils doivent également s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions (55), dispositions très larges et imprécises qui n'ont pas donné lieu à jurisprudence jusqu'à présent.

La seule disposition qui imposerait aux membres du Conseil Constitutionnel des obligations plus rigoureuses qu'à ceux du Conseil d'Etat est la défense qui leur est faite :

« De prendre aucune position publique ou de consulter sur des questions « ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part « du Conseil » (56).

La différence peut paraître assez nette avec les obligations imposées à cet égard aux membres du Conseil d'Etat qui ne sont tenus, outre la réserve d'usage, qu'au secret des délibérés.

Cette différence de régime a été mise en évidence dès l'origine dans un commentaire presque officieux (57) qui posait le problème de savoir si les professeurs de droit constitutionnel qui seraient éventuellement appelés à siéger au Conseil, ne se trouveraient pas dans l'obligation de cesser et leur enseignement et leurs publications scientifiques.

La difficulté d'interprétation porte sur la locution : « Questions... étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil »,

---

Ils cessent donc comme les membres du Conseil Constitutionnel de faire partie de leurs corps, du fait de l'acceptation d'un mandat parlementaire.

(53) Quelle que soit leur position même en dehors du Conseil (détachés ou délégués) il ne leur reste guère que la possibilité d'écrire et de donner des cours. Seule la disponibilité fait bénéficier les membres du Conseil d'une liberté d'action.

(54) Art. 57 de la Constitution.

(55) Décret du 13 novembre 1959, art. 2, alinéa 3.

(56) Ibid., alinéa 2.

(57) L'étude sur le Conseil Constitutionnel publiée par la Documentation française et souvent citée, p. 5, note 7.



dont la rédaction autorise toutes les interprétations possibles puisque disposée en fonction de l'avenir. En fait cette règle ne devait pas gêner, ultérieurement, les enseignants publicistes nommés au Conseil (58).

2) Toutefois l'indépendance des membres du Conseil d'Etat par rapport aux influences non politiques, et en particulier par rapport au secteur privé, est moins absolue qu'un simple examen des textes ne le laisserait supposer. S'il est impossible de méconnaître que le phénomène du passage du secteur public au secteur privé, vulgairement appelé « pantouflage », est une des manifestations essentielles des relations existant entre le monde de la fonction publique et celui des affaires, l'influence du secteur privé sur le Conseil d'Etat ne paraît pas déterminante (59). Elle s'exerce soit par l'intermédiaire des membres démissionnaires du Conseil, qui passent définitivement dans le secteur privé avec le titre de maître des requêtes honoraire, soit par l'entremise de Conseillers d'Etat retraités qui trouvent une situation souvent plus honorifique qu'effective dans une entreprise privée.

La conclusion dégagée par M. C. Kessler quant à l'indépendance du Conseil d'Etat peut donc s'appliquer également au Conseil Constitutionnel :

« Il n'y a probablement que très rarement d'influences directes des intérêts des puissances financières ou industrielles sur un avis ou un jugement du Conseil. Il y a plus vraisemblablement une imprégnation insensible et permanente du milieu social ambiant sur les membres du Conseil » (60).

## SECTION II L'ORGANISATION

Appliqué au Conseil d'Etat et au Conseil Constitutionnel, le critère organique est intéressant à deux égards.

---

(58) Les professeurs Waline et Luchaire nommés au Conseil, ont continué d'assurer leur enseignement à la Faculté de droit de Paris comme par le passé. Cette situation se rapproche beaucoup de celle de certains conseillers et maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, qui enseignent par ailleurs. M. Odent, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, est chargé depuis dix ans du cours de contentieux administratif à l'I.E.P. de Paris.

(59) M. C. Kessler, *op. cit.*, p. 248.

(60) *Op. cit.*, p. 251.



D'une part au sein des deux conseils coexistent des fonctions contentieuses et consultatives. La distinction de ces deux types de fonctions est importante car la détermination des formations auxquelles le législateur a entendu conférer le caractère de formations contentieuses, permet d'établir le caractère juridictionnel de celles-ci.

D'autre part, il faut rechercher comment le législateur a entendu assurer l'indépendance organique des deux Conseils.

### § 1. — *La distinction des fonctions contentieuses et non contentieuses.*

A. — La coexistence des fonctions contentieuses et non contentieuses.

1) Il a déjà été souligné (61) qu'il est dans les traditions du Droit public français qu'un même organe exerce à la fois des attributions contentieuses et des attributions consultatives.

Le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel offrent deux exemples de ce cumul de fonctions réalisé selon deux modalités distinctes. Le premier est fragmenté en diverses sections dont l'une est plus particulièrement chargée du contentieux alors que le second est au contraire régi par le principe formel de l'unité de formation sans aucune différenciation interne.

2) Les formations contentieuses du Conseil d'Etat (62) se sont en effet vu attribuer le caractère juridictionnel par les textes (63). En revanche, la formation du Conseil Constitutionnel est toujours identique, que celui-ci soit amené à se prononcer en matière contentieuse ou en matière consultative (64). Ce système n'est pas sans rappeler celui qui prévalut au Conseil d'Etat jusqu'en 1872 et en vertu duquel les décisions en matière contentieuse étaient émises en assemblée générale, formation qui réunissait tous les Conseillers d'Etat.

Mais l'unité de formation du Conseil Constitutionnel s'explique en outre par le fait que ses attributions consultatives sont peu nom-

(61) Cf. ci-dessus introduction, chapitre premier.

(62) Le contentieux est à son tour fragmenté entre diverses formations de jugements. Celles-ci sont par ordre d'importance décroissantes : l'Assemblée du contentieux — la section du contentieux — les sous-sections du contentieux — les sous-sections réunies (par deux ou trois) — il y a en outre trois sections spécialisées (petit contentieux).

(63) Cf. les dispositions figurant sous le titre III du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963.

(64) Les attributions consultatives du Conseil Constitutionnel sont les suivantes :

breuses et, qu'à la différence du Conseil d'Etat, il ne s'insère pas dans le fonctionnement de l'administration active. Cette absence de formation spécifique, chargée des tâches contentieuses par détermination de la loi, au sein du Conseil Constitutionnel, a conduit certains auteurs (65) à affirmer que le législateur n'a jamais entendu conférer à aucune des tâches remplies par cette haute Juridiction le caractère juridictionnel. Une telle interprétation est pourtant démentie par les textes. L'article 44 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose : « Pour le jugement des affaires qui lui sont soumises, le Conseil Constitutionnel... » et le chapitre VI de la même ordonnance est intitulé : « Du Contentieux de l'élection des députés et des sénateurs. » L'emploi par la Constitution et la loi organique des termes « décisions » et « déclarations » et non pas « jugements », n'est pas davantage un argument contre le caractère juridictionnel du Conseil Constitutionnel, d'une part parce que cette terminologie est quasiment identique à celle employée par le Conseil d'Etat (on parle généralement des « décisions » du Conseil d'Etat statuant au contentieux et non des « jugements ») et d'autre part parce que l'utilisation de ces deux termes, et particulièrement de celui de « déclaration », révèle l'intention du législateur d'établir le caractère d'effet « erga omnes » des décisions rendues par le Conseil Constitutionnel.

B. — L'indépendance de l'exercice des fonctions contentieuses par rapport aux fonctions non contentieuses.

1) Si les fonctions non contentieuses du Conseil Constitutionnel sont peu nombreuses et se ramènent à quelques compétences consultatives (66), il n'en va pas de même du Conseil d'Etat dont l'activité s'insère profondément dans le processus même de l'administration active et dont la section du contentieux ne représente qu'une des cinq sections fonctionnant en son sein. La contradiction entre les fonctions d'auxiliaire et celles de censeur de l'administration appa-

---

a) En cas d'exercice des pouvoirs de l'article 16, il est consulté par le Président de la République avant que celui-ci ne décide de recourir aux pouvoirs exceptionnels et il est ensuite consulté au sujet de toutes les mesures prises en vertu de l'article 16.

b) En matière de surveillance des opérations de référendum il peut présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande (art. 47 de l'ord. précitée du 7 novembre 1958).

c) En revanche le caractère consultatif de la constatation de la vacance de la Présidence de la République est incertain.

(65) J.-P. Charnay : « Le contrôle de la régularité des élections parlementaires », p. 40.

(66) Cf. ci-dessus note 64, p. 72.

raissent une nouvelle fois à l'évidence. Comme certains auteurs (67) l'ont fait remarquer, il ne peut y avoir de juridiction authentique que si les compétences contentieuses sont nettement distinctes des compétences administratives. Or le principe même de cette différenciation a subi récemment des atteintes sérieuses.

2) Si un cloisonnement rigoureusement étanche entre les fonctions juridictionnelles et administratives du Conseil d'Etat n'est pas souhaitable et n'a, en fait, jamais existé puisque les membres de la Haute Assemblée pouvaient passer par les formations administratives comme par les formations contentieuses, il n'en restait pas moins que le même membre ne pouvait faire partie au même moment d'une formation administrative et d'une formation contentieuse. Ce principe était toutefois infléchi par la présence, au sein de l'Assemblée plénière du contentieux, de membres des sections administratives. Ce système garantissait assez bien l'indépendance de l'exercice de la fonction juridictionnelle et aboutissait à une spécialisation de fait du personnel du Conseil d'Etat affecté aux tâches contentieuses (68).

La réforme de 1963 (69) a apporté des modifications à cette organisation et, de manière générale, atténué la portée de l'indépendance des formations contentieuses par rapport aux formations administratives (70).

Les limites apportées à l'autonomie des formations contentieuses sont désormais les suivantes (71) :

— la durée de la période pendant laquelle les Conseillers d'Etat sont affectés à la section du contentieux est limitée à quatre ans ;

(67) En particulier les auteurs anglo-saxons (cf. les ouvrages précités de Dicey et Hanson).

(68) M. Odent remarque à ce sujet : « La composition des formations contentieuses changeait rarement et n'était modifiée que progressive-ment ; certains conseillers n'ont jamais quitté la section du contentieux » depuis le jour de leur nomination comme auditeur. » Le Président Romieu, présida la section du contentieux durant quinze ans, le Président Mazerat, pendant dix ans, et le Président Bouffandeau pendant neuf ans (op. cité., éd. 1965-66, t. I, p. 502).

(69) Décrets n° 63-766, 63-767, 63-768 et 63-769 du 30 juillet 1963.

(70) Cette réforme a été la conséquence d'une crise qui a elle-même, son origine dans une « affaire » ayant mis directement en cause l'indépendance du Conseil d'Etat statuant du contentieux. Il s'agit d'un arrêt du 19 octobre 1962 Canal (A.J.D.A. 1962, 612, note de Laubadère, J.C.P. 1963, II.13068, note Debasch) par lequel l'Assemblée plénière avait annulé l'ordonnance présidentielle du 1<sup>er</sup> juin 1962 instituant la Cour Militaire de Justice. De graves menaces avaient alors été proférées contre la Haute Assemblée par le Conseil des Ministres (cf. cette section, § 2 — ci-dessous).

71) Sur cette réforme, cf. Drago : « La réforme du Conseil d'Etat »

— l'assemblée plénière du contentieux est désormais réduite à dix membres dont la moitié appartient aux formations administratives ;

— certains membres du Conseil appartiennent simultanément aux formations administratives et contentieuses.

Ainsi la réforme de 1963, dont le but était de faire mieux connaître au juge administratif, les problèmes concrets de l'administration, a-t-elle finalement abouti à une plus grande interpénétration des formations administratives et contentieuses. L'autonomie de ces dernières n'a cependant pas eu à en souffrir. Les menaces proférées en 1962 contre l'indépendance de la Haute Assemblée n'ont donc pas eu de suite.

## § 2. — *L'organisation de l'indépendance du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat.*

Après l'étude de l'indépendance des membres des Conseils, il convient de procéder à celle des organes proprement dits. Celle-ci doit être appréciée à un double point de vue : d'une part la possibilité d'un contrôle de l'organe sur sa propre réglementation, d'autre part l'aménagement de l'autonomie administrative et financière.

### A. — Possibilité d'un contrôle de l'organe sur sa propre réglementation.

1) Le Conseil Constitutionnel a pratiquement un droit de veto quant à l'adoption de la réglementation le concernant.

En vertu de la Constitution (72), son organisation et son fonctionnement sont déterminés par une loi organique et ne peuvent donc être modifiés que par un texte de même force. Or toutes les lois organiques sont obligatoirement soumises au Conseil avant promulgation. De même, si les règles précisant les obligations de ses membres, et l'organisation de son secrétariat général, sont édictées sous forme de décrets en Conseil des Ministres, ces textes ne peuvent être pris que sur sa proposition (73). Comme l'existence et la compo-

---

A.J.D.A. 1963.525 ; Sandevior : « Le Conseil d'Etat et la réforme de 1963 » R.S.A. 1963.455 et 574, Silvera : « La réforme du Conseil d'Etat », S. 1963. 51, Fortunet : « Réflexion sur la dernière réforme du contentieux administratif, G.P. 1963.2, Doctr. 76 et Mazères : « La réforme du contentieux administratif du 30 juillet 1963, simple retouche ou orientation nouvelle » J.C.P. 1964.T.1817.

(72) Art. 63.

(73) Art. 7 et 15 de l'ord. organique du 7 novembre 1958.



sition du Conseil sont prévues par la Constitution, une révision constitutionnelle serait nécessaire pour supprimer la Haute Instance ou modifier sa composition.

Ainsi une réforme analogue à celle subie par le Conseil d'Etat en 1963 ne pourrait affecter le Conseil Constitutionnel que selon une procédure infiniment plus contraignante et qui assure à celui-ci une indépendance beaucoup plus large.

2) La réglementation concernant le Conseil d'Etat est du domaine réglementaire.

Non seulement le Conseil d'Etat ne dispose d'aucun droit de veto sur la réglementation le concernant, mais celle-ci échappe même à la compétence du législateur.

C'est ainsi que l'affaire Canal après avoir fait planer sur l'indépendance de la Haute juridiction les menaces précédemment évoquées (74), a abouti à une refonte tant de l'organisation et du fonctionnement (75) de celle-ci que du statut de ses membres (76) et de certaines de ses compétences contentieuses (77).

Si la réforme de 1963 n'a finalement pas justifié les craintes pour l'indépendance du Conseil d'Etat qu'avaient provoquées les premières réactions gouvernementales, elle a montré combien l'indépendance de la Haute juridiction était juridiquement fragile. C'est à juste titre que M. Drago s'en inquiétait en ces termes :

« Il est évidemment paradoxal que le statut de notre plus haute juridiction administrative résulte presque intégralement d'actes du pouvoir réglementaire, on est alors en droit de se demander si les principes mêmes de la réforme n'auraient pas dû être soumis au Parlement et si une initiative parlementaire portant sur des principes pourrait se voir opposer, par le Conseil Constitutionnel, l'argument tiré de la compétence exclusive de l'autorité réglementaire en cette matière » (78).

(74) M. Vedel, qui s'était vivement inquiété des répercussions de la réforme sur l'indépendance de la Haute Assemblée, a reconnu que celle-ci avait eu un caractère essentiellement technique, ne mettant pas en cause les prérogatives du Conseil (« Droit administratif », pp. 337 et ss.).

(75) Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963.

(76) Décret n° 63-767 du 30 juillet 1963.

(77) Décret n° 63-768 du 30 juillet 1963.

(78) Drago : « La réforme du Conseil d'Etat » A.J.D.A. 1963.525. La proposition de loi organique déposée à ce sujet au Sénat par M. Le Bellegou (Doc. Parl. Sénat annexe au P.V. du 4 juillet 1963, n° 166) n'eut pas de suite ; sur les réactions défavorables à la procédure suivie, cf. également : P. Marcihacy : « La réforme du Conseil d'Etat » in « Le Monde » du 24 mai 1963 et M. Duverger : « Conseil d'Etat ou Conseil du Roi », « Le Monde » du 6 juin 1963.

## B. — L'autonomie administrative et financière.

1) L'autonomie administrative du Conseil Constitutionnel est plus étendue encore que celle du Conseil d'Etat.

a) A la différence du Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel établit librement son règlement intérieur (79). Il a notamment usé de cette faculté pour codifier les règles de procédure afférente au contentieux de l'élection des députés et des sénateurs (80). En revanche la procédure qu'il a établie en matière de contrôle des textes législatifs est restée, jusqu'à présent coutumière. La procédure suivie devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, au contraire, fait l'objet d'une réglementation détaillée édictée par voie de décret (81).

b) Le Conseil Constitutionnel jouit également d'une plus grande latitude que le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'organisation de ses services administratifs. Son Président peut, en effet, « recruter soit directement, soit par voie de détachement le personnel nécessaire à ce fonctionnement » (82).

L'autonomie administrative du Conseil Constitutionnel par rapport au Gouvernement est donc suffisamment bien organisée pour qu'aucune pression ne soit à craindre de ce côté.

2) Enfin l'autonomie financière des deux Conseils semble assurée de façon identique par l'attribution au Président du Conseil Constitutionnel d'une part, au vice-Président du Conseil d'Etat d'autre part, de l'ordonnancement des dépenses. Mais le Président du Conseil Constitutionnel bénéficie, de surcroît, du pouvoir de mandater directement les dépenses. De ce fait, l'autonomie financière du Conseil Constitutionnel semble plus étendue que celle dont jouit la Haute juridiction administrative.

L'étude comparée de la composition et de l'organisation des deux Conseils démontre donc que le caractère juridictionnel du Conseil Constitutionnel est au moins aussi accusé que celui du Conseil d'Etat.

Dans la mesure où le critère organique peut être retenu comme déterminant le caractère juridictionnel d'un organe, la qualité de juridiction du Conseil Constitutionnel est incontestable.

---

(79) Article 56 de l'ordonnance organique relative au Conseil Constitutionnel.

(80) Rec. C.C. 1958.59, p. 35.

(81) Cf. chapitre II du titre III du décret n° 63.766 du 30 juillet 1963.

(82) Article 5 du décret n° 59.1293 du 13 novembre 1959.



## CHAPITRE II

### LA PROCEDURE

C'est généralement sur le terrain de la procédure que se sont placés ceux qui ont contesté la nature juridictionnelle du Conseil Constitutionnel. L'étroite limitation du droit de saisine ainsi que certaines particularités propres au déroulement de l'action devant le Conseil Constitutionnel ont pu leur fournir des arguments. On s'attachera donc successivement à comparer les modes de saisine ouverts devant les deux Conseils, le déroulement de l'action devant eux et la décision.

#### SECTION I

##### LE DECLENCHEMENT DE L'ACTION : LA SAISINE

L'action est le pouvoir reconnu à un justiciable d'obtenir du Juge l'examen de sa prétention et, si celle-ci est fondée, la reconnaissance de son bien-fondé. Elle est ouverte par la saisine du Juge compétent.

Ce sont les modes de saisine du Conseil Constitutionnel qui présentent sans doute les éléments les plus caractéristiques de cette haute Juridiction. Il est donc compréhensible que les règles afférentes à la saisine du Conseil Constitutionnel aient été invoquées par la majeure partie de la doctrine comme offrant par excellence la preuve du caractère non juridictionnel de la Haute Instance et aient été opposées aux modes de saisine du Conseil d'Etat, authentique organe juridictionnel.

L'étude comparée des saisines du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel implique une analyse des éléments constitutifs de la saisine elle-même : nature de l'acte attaqué d'une part, qualités de l'auteur de la saisine d'autre part (capacité, droit invoqué, intérêt à agir). Elle comprend enfin l'examen du délai, du recours et de la



forme de la requête. Cette analyse recouvre tant le contentieux de l'annulation que celui de la pleine juridiction, qui se trouve, en l'occurrence, être celui de l'élection.

### § 1. — *Le contentieux de l'annulation.*

Le contentieux de l'annulation existe tant devant le Conseil d'Etat que devant le Conseil Constitutionnel. Mais alors que le Conseil d'Etat connaît des recours contre des actes en vigueur, produisant tous effets de droit, le Conseil Constitutionnel ne connaît que d'actions dirigées contre des actes qui ne sont pas encore définitifs et qui, comme tels, ne produisent encore aucun effet juridique. De surcroît, les titulaires du droit de saisir le Conseil Constitutionnel sont strictement et limitativement déterminés.

#### A. — Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

La saisine du Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir obéit aux règles afférentes à la nature de l'acte attaqué et aux qualités de l'auteur du recours.

##### 1) Nature de l'acte attaqué.

Le Conseil d'Etat ne peut être saisi, en dernier ressort, que du recours dirigé contre un acte administratif ou en appel d'une décision d'une juridiction administrative.

La détermination du caractère administratif de l'acte est donc d'une importance primordiale. Or, avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la détermination de la nature législative ou administrative de certaines compétences est devenue incertaine. Le problème se pose pour les actes pris en vertu d'une délégation de pouvoir emportant transfert de compétence au profit du Gouvernement (articles 92 et 38 de la Constitution) ou du Président de la République (lois référendaires) et pour les décisions de Chef de l'Etat prises en application de l'article 16. En d'autres termes, quelle est la nature juridique d'actes édictés par l'Exécutif sur des domaines qui sont normalement de la compétence du Parlement ?

La réponse à cette question conditionne la compétence du Juge car ce n'est que si ces actes sont réputés administratifs que le Conseil d'Etat pourra en connaître. La Haute Assemblée a été elle-même amenée à statuer sur sa propre compétence à l'égard de ces divers actes. Elle a ainsi dégagé les solutions suivantes :

a) Les ordonnances de l'article 92 ont toujours, et quelle que soit la matière sur laquelle elles portent, le caractère législatif (1).

b) Les ordonnances de l'article 38, tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par le Parlement, ont toujours le caractère d'acte administratif (2).

c) Les décisions prises par le Président de la République dans l'exercice des pouvoirs exceptionnels à lui conférés par l'article 16, ont le caractère législatif lorsqu'elles portent sur des matières qui sont normalement du domaine de la loi et le caractère administratif lorsqu'elles portent sur des matières qui sont du domaine du règlement (3).

d) Les décisions prises par le Président de la République, en vertu d'une délégation de pouvoirs à lui consentie par le Peuple se prononçant par voie de référendum, se sont vu reconnaître implicitement le caractère administratif puisque le Conseil d'Etat a accueilli un recours dirigé contre l'une d'entre elles (4).

Le problème posé par la nature administrative ou législative de l'acte une fois écarté, le Conseil d'Etat est compétent soit directement en premier ressort (5), soit par la voie de l'appel pour connaître de tous les actes administratifs. La décision attaquée ne peut en effet lier le contentieux que si elle lèse le requérant dans ses droits ou ses intérêts, autrement dit si elle est susceptible de lui faire grief. Si la décision ne fait pas grief, il n'y a pas de litige, et, par conséquent, pas matière à contentieux.

## 2) Qualités de l'auteur de la requête.

Les qualités exigées par l'auteur de la requête sont celles que postule le droit commun de la procédure : capacité pour ester en justice, et intérêt à agir. En outre, le requérant ne doit pas avoir

---

(1) C.E. 12 fév. 1960, Sté Eky (Rec. p. 101 ; S. 1960. 131, concl. Kahn, D. 1960.236, note Lhuillier ; J.C.P. 1960.II.11629 *bis*, note Vedel).

(2) C.E. 24 nov. 1961, Fédération nationale des syndicats de police (Rec. p. 658 ; S. 1963.59, note Hamon ; D. 1962.424, note Fromont ; A.J. 1962.114, note J.T.).

(3) C.E. 2 mars 1962 Rubin de Servens (Rec. p. 143 ; S. 1962.147, note Bourdoncle ; D. 1962.109, Chr. Morange ; J.C.P. 1962.II.12613, concl. Henry ; R.D.P. 1962.288, concl. Henry, note Berlia, A.J.D.A. 1962.214, chr. Galabert et Gentot).

(4) C.E. 19 oct. 1962, Canal (Rec. p. 552 ; J.C.P. 1963.II.13068, note Deb-  
basch ; A.J.D.A. 1962.612, note de Laubadère et R.A. 1962.626, note Liet-  
Vaux).

(5) Les règles fondamentales relatives à la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs ont été fixées par le décret du 30 septembre 1953.

acquiescé à la décision critiquée, ce qui aurait impliqué de sa part renonciation par anticipation à former contre cette décision un recours contentieux.

### 3) Délai pour agir.

Les requérants éventuels doivent saisir le Conseil d'Etat dans un certain délai, faute de quoi ils encourent une forclusion. Les requêtes présentées après l'expiration du délai imparti par la loi ne sont plus recevables : elles sont rejetées sans que leur bien-fondé soit examiné.

Ce délai de recours au Conseil d'Etat est de deux mois à compter de la publication de la décision ou de l'acte attaqué (6) (à moins qu'elle ne doive être notifiée ou signifiée auquel cas le délai court de la date de la notification ou de la signification). Mais si l'expiration du délai de recours contentieux par voie d'action entraîne la forclusion du requérant, celui-ci conserve toujours la possibilité de contester la légalité d'un acte administratif réglementaire à l'appui d'un recours dirigé contre une décision administrative, qu'elle soit individuelle ou réglementaire. L'exception d'illégalité ainsi soulevée est en effet perpétuelle à l'encontre des règlements. Les juridictions administratives combinent en effet les recours par voie d'action et d'exception. Le Conseil Constitutionnel au contraire, ne peut être saisi que par voie d'action.

### 4) Formes de la requête.

La dernière condition de recevabilité des requêtes a trait aux formes même de la requête. En principe une requête ne peut émaner que d'un seul requérant et ne peut attaquer qu'une seule décision. Elle doit contenir l'exposé sommaire des faits et moyens, les conclusions de la partie, ses noms et domicile (7).

Les requêtes sont soumises au droit de timbre (8), mais le recours pour excès de pouvoir est dispensé du ministère d'avocat (9). Ainsi tous les justiciables qui y ont un intérêt peuvent, à condition de respecter les conditions de délai et de forme, attaquer un acte administratif qui les lèse devant le Juge Administratif. Ce bref rappel de

---

(6) Art. 49 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Pour quelques rares matières, des délais spéciaux, plus longs ou plus courts que le délai de droit commun, ont été institués, notamment en matière de pensions civiles et militaires.

(7) L'ensemble des règles de forme est fixé par les articles 40 à 44 et 47 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

(8) Un certain nombre d'exceptions ont cependant été prévues.

(9) Depuis le décret du 2 novembre 1864.

l'ouverture de la saisine en matière d'excès de pouvoir permet d'apprécier les différences profondes la séparant des modalités étroites et spécifiques de la saisine du Conseil Constitutionnel.

B. — L'action en annulation préventive et en déclaration *a posteriori* devant le Conseil Constitutionnel.

C'est la nature de l'acte et la phase d'élaboration de cet acte, qui déterminent le ou les titulaires du droit de saisine. A cet égard, il importe de distinguer les quatre hypothèses de saisine, en soulignant l'opposition entre saisines obligatoires et saisines facultatives.

Les saisines obligatoires portent sur les lois organiques et les règlements des Assemblées parlementaires (article 61, al. 1 de la Constitution), quant aux saisines facultatives, elles sont de trois types :

— les saisines aux fins de contrôle de constitutionnalité au fond, portant soit sur les lois (article 61, al. 2 de la Constitution), soit sur les engagements internationaux (art. 54) ;

— les saisines en examen des fins de non-recevoir tirées de l'empiètement du Parlement sur le domaine réglementaire (art. 41) ;

— les saisines en appréciation du caractère législatif ou réglementaire *a posteriori* : l'examen des textes de forme législative (art. 37, al. 2).

1) Les saisines obligatoires.

Les lois organiques avant leur promulgation, et les règlements des Assemblées parlementaires avant leur mise en vigueur sont obligatoirement soumis au Conseil Constitutionnel qui statue sur leur conformité à la Constitution. Les saisines obligatoires se rattachent donc au contrôle de constitutionnalité au fond. Toute disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en vigueur, ce qui revient pratiquement à une annulation *a priori* puisque celle-ci intervient, en conséquence, avant que la disposition ou le texte censuré ait formellement existé.

La nature de la saisine obligatoire ne doit cependant pas conduire à l'interprétation inexacte qui l'a faite parfois confondre avec la saisine automatique (10). Le Conseil Constitutionnel ne peut pas se saisir lui-même des textes des lois organiques et des règlements

---

(10) La Constitution de 1852 avait institué une saisine automatique du Sénat pour toutes les lois votées par le Corps législatif. Le Sénat se saisissait alors de plein droit. Cette procédure caractérise encore aujourd'hui la juridiction de la Cour des Comptes qui se saisit d'office des comptes des comptables publics.



des assemblées. Il doit attendre que le Premier Ministre pour les premiers, le Président de l'assemblée intéressée pour le second, lui transmette les textes. Certes ces personnalités ont compétence liée et ne peuvent comme dans les hypothèses de saisine facultative s'abstenir de saisir le Conseil, mais il leur reste une certaine marge d'appréciation dans la mesure où les textes ne leur imposent aucun délai de rigueur.

Les modalités de la saisine obligatoire présentent des différences selon qu'elles se rapportent à la loi organique ou aux règlements parlementaires.

a) Loi organique : dans la hiérarchie des actes, celle-ci possède une valeur inférieure à la Constitution mais supérieure à la loi.

Comme l'a très bien défini M. Prélot (11), la loi organique « organisant les pouvoirs publics, fournira matériellement un développement à la Constitution ». C'est en définitive la complexité et l'étendue des règles organisant l'ensemble de la vie politique et constitutionnelle qui a rendu impossible leur compilation en ce texte succinct qu'est une Constitution. D'où la nécessité corrélative de renvoyer à des actes complémentaires, tout ce qui ne constitue pas l'énoncé de principes rigoureusement fondamentaux (12).

La loi organique adoptée par le Parlement est transmise au Conseil Constitutionnel par le Premier Ministre. Cette transmission s'opère sous forme de lettre. Le Conseil Constitutionnel ne peut se saisir, lui-même (13). Il est donc à noter que l'exigence d'une saisine se trouve maintenue conformément à la procédure de droit commun.

b) Règlement des Assemblées parlementaires : la tradition constitutionnelle française voulait que chaque Assemblée établît souverainement son règlement, c'est-à-dire « l'acte unilatéral déterminant à l'avance sa propre procédure par voie de dispositions générales » (14). Or cette compétence de principe des Assemblées se trouve

---

(11) Op. cit., n° 548.

(12) Cette fonction de la loi organique est reconnue par l'ensemble de la doctrine. Plus contestable, en revanche, apparaît une seconde fonction qui serait de limiter la compétence du Parlement et dont M. Sirat s'est fait le théoricien (« La loi organique et la Constitution de 1958 », D. 1960, Chr. XXVII).

(13) M. Favoreu (art. cité, p. 90) a envisagé l'hypothèse selon laquelle le Premier Ministre s'abstiendrait d'effectuer cette transmission. En réalité une telle hypothèse est peu plausible et, de toutes façons, la loi organique non transmise au Conseil Constitutionnel, ne pourrait être promulguée qu'avec la complicité objective du Président de la République, ce qui est difficilement concevable.

(14) L. Hamon : « Quand les Assemblées ont des Juges », D. 1959. Chr. XXXVIII.

désormais limitée par l'exercice du contrôle obligatoire du Conseil Constitutionnel.

La soumission du règlement à l'examen juridictionnel procède d'une appréciation de la valeur normative qui le fait situer à un degré équivalent à la loi organique. L'influence du règlement parlementaire ne saurait être méconnue. M. Eugène Pierre remarquait très justement à ce propos :

« Le règlement n'est en apparence que la loi interne des Assemblées...  
« En réalité, c'est un instrument redoutable aux mains des partis, il a  
« souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche  
« des affaires publiques » (15).

Il était donc aisément concevable que le constituant exigeât qu'un acte qui est destiné à assurer la mise en œuvre des principales dispositions constitutionnelles et qui, en pratique, les contredisait parfois, fût désormais soumis à un contrôle obligatoire de constitutionnalité. La saisine a été, en toute logique, confiée au Président de l'Assemblée intéressée (16), qui a compétence liée, le règlement ne pouvant être mis en application que postérieurement à la déclaration de conformité à la Constitution.

Les règles qui prévalent en matière de saisine obligatoire, qu'elles concernent les lois organiques ou les règlements des Assemblées parlementaires, restent donc conformes au droit commun de la procédure qui postule qu'une juridiction ne peut se saisir automatiquement, même en cas de compétence liée (17).

## 2) Les saisines facultatives.

Celles-ci ont tantôt pour objet le contrôle de constitutionnalité au fond, tantôt le contrôle de la répartition normative des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Dans ce dernier cas, il faut distinguer selon que la saisine du Conseil Constitutionnel intervient au cours de la procédure législative, c'est-à-dire *a priori*, ou, au contraire, postérieurement à l'entrée en vigueur du texte litigieux, c'est-à-dire *a posteriori*.

---

(15) « Traité de droit politique et parlementaire », n° 445.

(16) Art. 17, § 2, ord. org. précitée sur le Conseil Constitutionnel.

(17) Cf. Vizios : « Principes de procédure », pp. 53 et ss. (Bordeaux, 1956). La Cour des Comptes se saisit elle-même, mais il s'agit là d'une exception au principe.

a) Les saisines facultatives aux fins de contrôle au fond.

Ces saisines portent sur les lois antérieurement à leur promulgation et sur les engagements internationaux antérieurement à l'autorisation de les ratifier ou de les approuver (18). Leur exercice a été réservé à quatre autorités : le Président de la République, le Premier Ministre, les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat (19).

Cette double limitation de la saisine, à la fois dans le temps et quant aux titulaires de ce droit, a été fréquemment mise en évidence comme la preuve ultime du caractère non-juridictionnel du Conseil Constitutionnel.

1° On sait que la saisine du Conseil Constitutionnel ne peut intervenir qu'antérieurement à la promulgation pour la loi et à l'autorisation de ratification ou d'approbation pour l'engagement international. Une fois promulguée, la loi acquiert en effet le caractère irréprochable et incontestable qui l'a traditionnellement caractérisée en droit français. Cette caractéristique est sans influence sur le caractère du Conseil Constitutionnel, car le moment de la saisine n'a jamais constitué un critère de la nature d'un organe. Il importe cependant d'examiner les difficultés inhérentes à la détermination du moment de la saisine en matière d'engagement international.

Aux termes de l'article 54 :

« Si le Conseil Constitutionnel saisi par le Président de la République, « par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre Assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause « contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver « ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. »

Mais malgré la référence à une ratification ou à une approbation, les commentaires officiels ont contesté que le Conseil Constitutionnel ne puisse être saisi que de ceux des engagements internationaux qui ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi (20). Ils ont fait valoir d'une part que l'article 54, n'utilise pas, comme l'ar-

---

(18) Articles 54 et 61, al. 2 de la Constitution.

(19) Par les dispositions précitées.

(2) « Commentaires sur la Constitution du 4 octobre 1958 », p. 22 (N.E.D., n° 2530 du 11 avril 1959) et « Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958 », 2<sup>e</sup> partie, pp. 8 et 9 (N.E.D., n° 2959).

ticle 53, les vocables de traité et d'accord, mais celui, plus général, d'engagement international et, d'autre part, que la saisine du Conseil Constitutionnel pouvait intervenir indépendamment de toute procédure d'autorisation parlementaire, puisque c'est le texte même de l'engagement international en cause qui lui est déféré, et non celui d'un acte parlementaire d'autorisation de ratification ou d'approbation.

Cette analyse ne résiste pas à l'examen. D'une part les dispositions de l'article 54 relatives à « l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver » ne peuvent être mises entre parenthèses, d'autre part les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat ne seraient pas à même de déférer au Conseil Constitutionnel un engagement international que l'autorité compétente en la matière (Président de la République pour les traités soumis à ratification, Ministre des Affaires étrangères pour les accords en forme simplifiée) n'est pas tenue de leur communiquer (21).

Le Conseil Constitutionnel ne peut donc être valablement saisi que d'un engagement international dont la ratification ou l'approbation sont soumises à l'autorisation préalable du Parlement.

La détermination du moment de la saisine fait apparaître une autre différence entre la loi et l'engagement international : alors que la saisine du Conseil Constitutionnel en matière de lois ne peut intervenir qu'après l'adoption par le Parlement et antérieurement à la promulgation, s'agissant des engagements internationaux, il paraît évident que la saisine doit intervenir antérieurement au vote parlementaire entraînant autorisation de ratification ou d'approbation. L'article 54 *in fine* ne laisse d'ailleurs aucune doute à cet égard : « L'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Quant au moment d'ouverture de la saisine du Conseil Constitutionnel, il semble, en l'absence de toute jurisprudence qui s'y rapporte, qu'il faille le fixer, soit au jour du dépôt de la demande d'autorisation devant la première Assemblée saisie, soit à l'heure de l'ouverture du débat devant ladite Assemblée.

Mais une fois l'autorisation parlementaire définitivement acquise,

---

(21) Ceci n'empêche pas les rédacteurs des « Commentaires sur la Constitution du 4 octobre 1958 », d'affirmer contre toute évidence pratique, que même en ce qui concerne les engagements internationaux dont elles ne sont pas compétentes pour connaître, en vertu de l'article 53, les assemblées parlementaires peuvent par l'intermédiaire de leurs présidents habilités à saisir le Conseil Constitutionnel en vertu de l'article 54, exercer un contrôle sur la conformité à la Constitution de la politique étrangère du Gouvernement (p. 22).



il est certain que le recours au Conseil Constitutionnel devient irrecevable (22).

2° La stricte détermination des titulaires du droit de saisine et sa restriction à un moment limité dans le temps ont fait l'objet de vives critiques doctrinales, qui ont abouti à une véritable déconsidération de la fonction et du rôle du Conseil. Si tous les auteurs se sont généralement accordés à reconnaître que l'absence d'automatisme du contrôle sur les lois ordinaires n'était pas un critère de la détermination du caractère d'une juridiction (23), leurs critiques se sont donc portées sur l'étroite limitation du droit de saisine envisagée à ce double point de vue.

En ce qui concerne la limitation du nombre des titulaires du droit de saisine, le bon sens le plus élémentaire postule que la saisine d'une juridiction constitutionnelle ne puisse être laissée à tous ceux à qui elle appartient théoriquement devant les autres juridictions, et notamment devant la juridiction administrative. Consentir à une telle ouverture du droit de saisine, ce serait en réalité introduire dans le droit une période d'incertitude et d'instabilité juridiques profondes. Car si plusieurs milliers de règlements administratifs sont publiés chaque année, une centaine de lois seulement entrent pendant ce temps en vigueur, et laquelle d'entre elles, eu égard à l'importance primordiale qu'elle présente désormais en vertu de la nouvelle délimitation du domaine législatif, ne ferait-elle pas l'objet de recours de la part de particuliers ? Par ailleurs, la saisine du Conseil Constitutionnel est suspensive alors que le recours devant le Conseil d'Etat ne l'est pas.

Cette évidence s'est si fortement imposée en pratique qu'aucune Constitution ayant retenu le principe du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'action n'a prévu que le droit de saisine puisse être exercé par tous les justiciables (24).

Le débat doctrinal a donc tourné autour du concept d'élargissement du droit de saisine en faveur d'une minorité qualifiée des membres du Parlement.

---

(22) La démonstration en a été notamment faite par M. Léo Hamon : « Quand les Assemblées parlementaires ont des juges » D. 1959, Chr. XXXVIII.

(23) Cf. en ce sens, notamment L. Philip, note précitée S. 1961.165. Il est d'ailleurs significatif qu'il n'y ait pas davantage de contrôle automatique sur les actes administratifs mais que ceux-ci ne font l'objet que d'une saisine facultative.

(24) C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, le recours intervient par voie d'exception.

Ce droit de saisine aurait pu être accordé, soit directement à la minorité de l'une ou l'autre assemblée (25), soit à un organe suffisamment indépendant du pouvoir pour l'exercer au nom de la minorité lorsqu'il estime qu'une loi porte atteinte à la Constitution.

Ces deux solutions écartées (26), ce sont finalement les titulaires des quatre plus hautes charges de l'Etat qui se sont vu attribuer compétence pour saisir le Conseil. Le caractère juridique de cette attribution du droit de saisine mérite un examen d'autant plus sérieux qu'il a donné naissance à des polémiques si vives que la définition du caractère de la Haute instance a été finalement perdue de vue (27). Le problème est alors de savoir si une limitation aussi stricte des titulaires du droit de saisine s'oppose d'une part à la reconnaissance du caractère juridictionnel du Conseil, d'autre part à l'exercice effectif d'un contrôle de constitutionnalité.

En ce qui concerne le caractère juridictionnel du Conseil, il faut se souvenir que le critère formel — et notamment les modalités de la saisine — n'est jamais un élément décisif mais tout au plus un facteur indicatif de la nature d'un organe.

Il est certain que l'exclusion des citoyens du droit de saisine est contraire aux règles procédurales généralement admises devant un organe juridictionnel (28). Mais telle est la spécificité du contentieux constitutionnel que des aménagements devaient être nécessairement apportés à ce principe. Ceux qui ont été retenus sont, finalement, assez conformes à l'ensemble du système constitutionnel puisqu'ils font des quatre titulaires du droit de saisine de véritables « procureurs de la Constitution » (29). Le terme de « procureur » doit être entendu dans son sens étymologique de « celui qui agit pour le compte de ». Cela signifie bien que les titulaires du droit de saisine,

---

(25) Comme l'avait d'ailleurs proposé le Comité Consultatif Constitutionnel en 1958, au profit du tiers des membres de l'Assemblée Nationale ou du Sénat. La Cour Constitutionnelle italienne peut également être saisie par la minorité des deux chambres.

(26) La seconde de crainte d'aboutir à un Gouvernement des Juges (intervention de M. Janot devant le Comité Consultatif, p. 57). Ultérieurement (6 déc. 1960). M. Coste-Floret proposa en vain à l'Assemblée Nationale d'autoriser tous les citoyens à saisir le Conseil Constitutionnel d'une action en inconstitutionnalité d'une loi.

(27) G. Vedel : articles précités, M. Duverger (R.F.S.P. 1959.1204). M. L'Huillier (D. 1960.694).

(28) Vizios a très justement dit du droit de saisine « Tout justiciable dispose de ce pouvoir ; il est créé et réglé exclusivement et impersonnellement par la loi, il est le même pour tous les individus qui se trouvent dans les conditions fixées par la loi ; il est permanent, il peut être exercé indéfiniment » (Etudes de procédure, p. 106).

(29) Favoreu, op. cit., p. 90.

personnalités placées au sommet de la hiérarchie de l'exécutif et du législatif selon des modes de nomination différents les uns des autres, sont réputés agir en matière de saisine au nom des sujets de droit, qui directement ou indirectement, ont concouru à leur désignation.

Quels sont les procureurs et quelle est la valeur de la procuration qui leur est confiée ?

1° La saisine par le Président de la République : il semble que ce soit la personnalité que la Constitution ait, par la mission d'arbitrage permanent dont elle le charge (30), le mieux placée pour assurer la protection des citoyens contre d'éventuels abus de pouvoir du législateur. Il en est d'autant plus ainsi que le suffrage universel fait désormais de lui l'élu de la Nation et celui dont, selon l'expression du Général de Gaulle, « tout pouvoir émane » (31).

Cette saisine, loin de faire double emploi avec le droit traditionnellement reconnu au Chef de l'Etat, de demander au Parlement une seconde délibération (32), apparaît au contraire comme doublant celui-ci d'une véritable sanction dont la nature n'est pas spécifiquement politique (33).

Par ailleurs le Président de la République et le Premier Ministre disposent d'une plus grande latitude d'appréciation que les deux autres personnalités avec lesquelles ils partagent le droit de saisine. Chargé en effet de promulguer les lois, le Président de la République dispose d'un délai de réflexion maximum de quinze jours à dater de la transmission par le Gouvernement de la loi adoptée (34), puisque seule l'adoption de la loi la rend attaquable devant le Conseil Constitutionnel.

Le Premier Ministre, dont le contreseing est exigé pour la promulgation des lois, peut également disposer de ce terme de réflexion. En revanche les Présidents du Sénat et de l'Assemblée Nationale se trouvent quasiment obligés de saisir le Conseil Constitutionnel dès l'adoption de la loi, faute de quoi ils risquent de se voir opposer

(30) Art. 5 de la Constitution.

(31) Conférence de presse du 31 janvier 1964 (Le Monde du 2 février 1964).

(32) Constitution article 10, alinéa 2.

(33) M. Loïc Philip soutient que, sauf si l'indispensable contreseing du Premier Ministre lui était refusé, le Président de la République ne pourrait que renoncer à la saisine du Conseil au profit de la nouvelle délibération. C'est méconnaître en réalité le caractère radicalement différent des deux procédures et ignorer que le Président de la République serait certainement davantage porté à demander à un organe tiers de trancher plutôt que d'espérer du Parlement qu'il se déjuge (art. cité, S. 1961.165).

(34) Constitution article 10, alinéa 1.



l'irrecevabilité tirée d'une promulgation susceptible d'intervenir à tout moment et dans le délai de quinze jours. Le Président de la République dispose donc de tous les pouvoirs nécessaires pour faire respecter la règle constitutionnelle par le Parlement, tant en ce qui concerne les lois ordinaires que les engagements internationaux. Il faut toutefois noter que, jusqu'à présent le Président de la République n'a jamais saisi la Haute instance. Cette saisine n'est cependant pas tombée en désuétude et il est vraisemblable que le Chef de l'Etat n'hésiterait pas à faire usage de ce droit dans l'hypothèse expressément envisagée par M. Pompidou où il n'y aurait plus coïncidence entre majorité présidentielle et majorité parlementaire. Trois situations sont dès lors concevables :

— ou bien les dispositions que le Chef de l'Etat défère au Conseil ont été adoptées de façon identique par l'Assemblée Nationale ou le Sénat, avec l'accord du Gouvernement ;

— ou bien ces dispositions ont été adoptées en dernière lecture par l'Assemblée Nationale, à laquelle le Gouvernement a demandé de passer outre à l'opposition du Sénat ;

— ou encore lesdites dispositions résultent d'une proposition de loi ou d'un amendement adopté de façon identique par les deux assemblées, en dépit de l'opposition du Gouvernement.

Dans toutes ces hypothèses, le Conseil Constitutionnel est donc seul à pouvoir trancher le différend opposant à propos d'un texte le Président de la République et le Premier Ministre (35) ou le Président de la République et le Parlement.

## 2° La saisine par le Premier Ministre.

A la différence du Président de la République, le Premier Ministre, Chef du Gouvernement « qui détermine et conduit la politique de la Nation », ne saurait en aucun cas être un arbitre. La compétence qui lui est reconnue pour saisir le Conseil de la loi ou de l'engagement international qui lui paraîtrait contraire à la Constitution, s'insère dans l'ensemble des droits de saisine dont il dispose et les complète de manière à lui permettre d'assurer la défense absolue des prérogatives du Gouvernement contre toute tentative d'empiètement ou d'abus de pouvoir.

---

(35) Sur les pouvoirs respectifs du Président de la République et du Premier Ministre, la doctrine de la V<sup>e</sup> République a été exposée par le Général de Gaulle (Conférence de presse précitée du 31 janvier 1964) et par M. Pompidou (Discours à l'Assemblée Nationale du 24 avril 1964, J.O. Débats parlementaires, pp. 941 et ss.).



Ainsi s'explique que le Premier Ministre, quand bien même il aurait renoncé tout au long de la procédure législative, à opposer l'irrecevabilité à l'encontre d'une proposition de loi ou d'un amendement, puisse encore saisir le Conseil Constitutionnel de la loi ainsi adoptée. L'acquiescement du Premier Ministre à une répartition inconstitutionnelle des compétences survenue au cours de la procédure législative ne l'empêche nullement, le texte adopté, de saisir le Conseil en arguant de l'inconstitutionnalité du texte litigieux. Et ceci se comprend aisément si l'on sait que la compétence normative des pouvoirs publics, même si elle fait l'objet devant le Conseil Constitutionnel de modes de saisine distincts et spécifiques, n'en garde pas moins sa nature constitutionnelle et reste, comme telle, justiciable de la procédure prévue par l'article 61 en matière de contrôle de constitutionnalité au fond.

La procuration confiée au Premier Ministre a, en définitive, pour objet de fournir à celui qui y est sans nul doute le premier intéressé, les moyens de droit lui permettant de faire respecter le droit objectif de la compétence gouvernementale dans la procédure législative. Que la saisine n'ait pas été introduite au cours de la procédure elle-même n'a pas pour effet de rendre constitutionnelles des dispositions qui ne le sont pas.

Le droit de saisine du Premier Ministre à l'égard d'une loi adoptée mais non promulguée, complète les deux autres droits (36) dont il est titulaire et qui lui permettent de saisir le Conseil, soit en cours de procédure (art. 41 de la Constitution), soit postérieurement à la promulgation aux fins de faire reconnaître le caractère réglementaire d'un texte de forme législative.

Mais le Premier Ministre n'est pas la seule personnalité investie du droit de saisine. Les présidents des Assemblées jouissent également de cette prérogative et ceci est de nature à faire contrepoids aux prérogatives étendues dont jouit le Gouvernement.

### 3° La saisine par le Président de l'Assemblée Nationale.

*A priori*, il est difficilement concevable que le Président de cette Assemblée accepte de soumettre au Conseil Constitutionnel un texte qui vient d'être adopté par la majorité des députés (37). Pourtant une telle hypothèse n'est plus impensable en raison de la nouvelle durée du mandat présidentiel, désormais porté d'un an à la totalité de la législature. Sans doute le Président est-il l'élu d'une majorité

---

(36) Cf. ci-dessus (32) et (33).

(37) Cf. à ce sujet l'argumentation de P. Durand : « La décadence de la loi dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République » (J.C.P. 1959.I.1470).

politique avec laquelle il doit compter et en cela il diffère du « speaker » britannique, mais d'un autre côté cette majorité peut fort bien être le fruit d'une coalition de partis, si aucun d'eux n'a obtenu, à lui seul, la majorité absolue.

Le Président ne peut qu'être sensible, dans ces conditions, à l'influence qu'exercerait sur lui la minorité de la majorité, et ce d'autant plus que les parlementaires ne peuvent le destituer pendant toute la durée de la législature. Ainsi le Président de par la longueur même de son mandat, tend-il à devenir un arbitre soucieux de faire respecter les droits de la minorité (38).

#### 4° La saisine par le Président du Sénat.

Elle est susceptible d'intervenir d'autant plus fréquemment qu'elle peut être motivée non seulement par le souci de protéger les droits de la minorité, mais encore ceux de la majorité même du Sénat. Cette dernière hypothèse est celle où le Gouvernement userait du pouvoir qui lui appartient de faire adopter la loi, en cas de désaccord entre les deux chambres, par la seule Assemblée Nationale statuant en dernière lecture (39). Tout porte en effet le Président du Sénat à user du droit de saisine qui lui est conféré à cet égard : le caractère indirect du recrutement de l'Assemblée qu'il préside, l'expiration de son mandat après un terme de trois ans coïncidant avec le renouvellement d'un tiers des membres du Sénat, le prestige même d'une fonction qui fait de lui le remplaçant intérimaire du Président de la République au cas où celui-ci viendrait à cesser d'exercer ses fonctions avant le terme normal fixé pour l'expiration de son mandat. C'est effectivement le Président du Sénat qui a saisi le Conseil Constitutionnel de la loi adoptée tendant à substituer au principe de la libre création des associations assortie seulement d'un éventuel contrôle *a posteriori*, un système aboutissant à soumettre les associations à un contrôle préalable (40).

Ainsi, juridiquement on ne peut dire que les titulaires du droit de saisine ne disposent pas des moyens de faire respecter la suprématie constitutionnelle. La décision du 16 juillet 1971 (41) prouve que l'un de ces titulaires n'a pas hésité à faire usage de son droit

---

(38) Cette mutation de la fonction présidentielle a été parfaitement aperçue par M. Coste-Floret lors des travaux préparatoires (cf. « Travaux préparatoires », p. 67).

(39) Constitution, article 45, dernier alinéa.

(40) Sur cette décision qui sera longuement analysée au titre III de la deuxième partie, cf. Jean Rivero, A.J.D.A. 1971.537 et Maurice Duverger : « Les juges et la loi » in « Le Monde » du 8 août 1971.

(41) J.O. 1971, p. 7114.

de saisine, lequel est loin d'être une prérogative négligeable. Par l'importance des fonctions qu'ils occupent comme par la variété de leur mode de désignation, les quatre autorités susceptibles de s'adresser au Conseil Constitutionnel assurent le fonctionnement d'un véritable mécanisme de «*procuration*» qui n'est pas moins juridictionnel que ceux qui fonctionnent devant les juridictions étrangères statuant par voie d'action et dont l'analyse des systèmes allemand et italien nous a fourni de bons exemples (42).

Certes, en pratique la saisine du Conseil Constitutionnel aux fins de contrôle de constitutionnalité au fond a été rare en matière de lois ordinaires (43) et ne s'est encore produite qu'une seule fois en ce qui concerne les engagements internationaux (44). Mais de ce que les trois premières législatures de la Cinquième République n'ont jamais adopté un texte qui fût réellement attentoire à la Constitution ou aux libertés fondamentales, il a été trop hâtivement déduit que le mode de saisine du Conseil rendait tout recours au fond devant celui-ci inefficace. La preuve contraire a, du reste, été administrée de façon décisive par la décision du 16 juillet 1971 (45).

La contestation de la fonction juridictionnelle du Conseil, son «*rétrécissement*» à la seule fonction de sauvegarde des moyens d'action du Gouvernement (46), procède de l'ignorance systématique, inconsciente ou non, des deux chefs de compétence qui font de la Haute instance, d'une part un juge de constitutionnalité de tous les règlements parlementaires et de toutes les lois organiques, d'autre part un censeur de celles des lois ordinaires et de ceux des engagements internationaux que l'une des quatre autorités compétentes à cet effet, peut lui déférer.

Ces deux voies d'action ont été trop souvent complètement négli-

(42) Cf. ci-dessus, Partie préliminaire, chapitre II.

(43) Le Premier Ministre a, antérieurement au 31 décembre 1971, saisi six fois le Conseil Constitutionnel, et le Président du Sénat l'a saisi deux fois.

(44) Décision n° 70-39 D.C. du 19 juin 1970, Rec. C.C. p. 15.

(45) Précitée.

(46) L. Philip : article cité.

(47) Un exemple de cette attitude a été donné par M. Lauriol lors des travaux préparatoires : «*Si j'ai bien compris le projet actuel, ne prévoit pas de contrôle de constitutionnalité des lois. Il en résulte que si le Parlement vote sans opposition du Gouvernement une loi qui empiète sur le domaine réglementaire, aucune juridiction ne peut être saisie pour contrôler l'inconstitutionnalité de la loi*» — «*Aucune*» devait répondre le Commissaire du Gouvernement, M. Janot. Or, une telle assertion n'est pas exacte car, indépendamment du Président de l'Assemblée nationale qui ne serait guère en position de le faire, le Président de la République et le Président du Sénat pourraient fort bien saisir le Conseil Constitutionnel.



gées au profit des deux autres qui ont principalement pour objet d'assurer effectivement la protection de la compétence réglementaire du Gouvernement (47). Encore apparaîtra-t-il ci-dessus que, même lorsqu'il s'agit des saisines aidant à faire respecter la compétence normative du Gouvernement, le rôle des Présidents des Assemblées, et en particulier du Président de l'Assemblée Nationale, se rapproche davantage de celui d'un arbitre que de celui d'exécuteur docile des volontés de la majorité de l'assemblée qu'il préside.

b) Les saisines en cours de procédure législative : l'irrecevabilité tirée de l'article 41 de la Constitution.

Cette action n'a d'autre but que d'assurer la protection du domaine réglementaire, c'est-à-dire de la compétence gouvernementale, contre les empiètements du législateur. Soucieuse de maintenir au moins l'apparence d'un équilibre entre les deux pouvoirs législatif et exécutif, la Constitution a attribué le droit de saisine au Gouvernement ou au Président de l'Assemblée intéressée.

Malgré l'imprécision du texte, cette saisine par le Gouvernement doit être entendue comme appartenant en réalité au Premier Ministre. L'autorité qui saisit le Conseil doit avertir l'autre autorité également titulaire de ce droit. Dans la pratique c'est presque toujours le Président de l'Assemblée qui prend l'initiative de la saisine.

Deux hypothèses doivent être clairement distinguées selon que l'irrecevabilité résulte de l'article 41 de la Constitution (empiètement sur le domaine réglementaire) ou de l'article 40 (diminution des ressources ou aggravation des charges publiques).

Dans l'hypothèse de l'irrecevabilité de proposition ou d'amendement contraires à la délimitation des domaines de la loi et du règlement (art. 34 et 37 de la Constitution), la procédure de saisine du Conseil Constitutionnel est la même à l'Assemblée Nationale et au Sénat (48). Au cas où le Gouvernement estime qu'une proposition ou un amendement empiète sur le domaine réglementaire ou irait à l'encontre d'une délégation accordée en vertu de l'article 38, il peut opposer l'irrecevabilité en s'appuyant sur l'article 41, alinéa 1 de la Constitution. Les règles posées par les deux règlements sont alors les suivantes :

1° Lorsque avant l'ouverture de la discussion en séance publique d'une proposition ou d'un amendement, le Gouvernement leur oppose l'irrecevabilité tirée de l'article 41, al. 1 de la Constitution, le Président peut admettre l'irrecevabilité, après consultation éventuelle du

---

(48) Règlement Assemblée Nationale, art. 93. Règlement Sénat, art. 45.



Bureau de l'Assemblée ; dans le cas contraire, il saisit le Conseil Constitutionnel.

2° Si l'irrecevabilité est opposée au cours de la discussion, le Président, lorsqu'il préside la séance, peut statuer sur le champ. Dans l'hypothèse où, l'irrecevabilité ayant été opposée au cours de la séance (49), un désaccord survient entre le Gouvernement et le Président de l'une ou l'autre Assemblée, la discussion de la proposition ou de l'amendement est suspendue et le Président saisit le Conseil Constitutionnel.

Les pouvoirs du Président sont sans limite puisque leur décision s'impose à l'Assemblée qu'il préside, sans que celle-ci dispose d'aucun moyen de s'y opposer. La souveraineté de l'appréciation présidentielle en matière d'irrecevabilité tirée de l'article 41 offre pourtant plus de garanties à la minorité qu'il n'y paraît, en raison de l'origine et de la nature de la fonction de Président d'une Assemblée parlementaire (50).

La pratique a confirmé ce phénomène au cours des quatre premières législatures de la Cinquième République qui ont vu le Président de l'Assemblée Nationale, membre du même parti que le Chef de Gouvernement, donner tort à deux reprises au Gouvernement et saisir le Conseil Constitutionnel qui a d'ailleurs chaque fois tranché en faveur de la thèse gouvernementale (51). De son côté le Président du Sénat a saisi sept fois le Conseil mais il appartenait à l'opposition (52).

c) La saisine en appréciation du caractère réglementaire *a posteriori* (article 37, alinéa 2 de la Constitution).

Comme la précédente, cette action ne tend qu'à la protection du

(49) Cette disposition résulte de la modification le 4 juill. 1962 de l'alinéa 4 de l'article 93. Dans sa rédaction primitive, l'article 93 ne prévoyait la saisine du Conseil Constitutionnel par le Président de l'Assemblée Nationale que lorsque le désaccord entre ce dernier et le Gouvernement surgissait avant le commencement de la discussion en séance publique. Or, lorsque le désaccord surgissait au cours de la discussion, la rédaction de l'article 93 était telle que le Président n'était pas autorisé à saisir le Conseil Constitutionnel pendant le débat et que le Président devait demander son annulation *a posteriori*.

(50) Cf. ci-dessus, pp. 92-93.

(51) Décisions n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961 (Rec. C.C. 1961, p. 50) et 66-7 FNR du 21 décembre 1966 (Rec. C.C. 1966, p. 37).

(52) Décisions n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959 (Rec. C.C. 1959, p. 71; 61-2 FNR du 30 juin et 61-3 du 8 septembre (ibid., 1961, pp. 47 et 48); 63-5 FNR du 11 juin 1963 (ibid., p. 37); 64-6 FNR du 22 mai 1964 (p. 47); 66-7 FNR du 21 décembre 1966 (p. 37) et 68-8 FNR du 27 nov. 1968 (p. 29).

domaine réglementaire du Gouvernement contre les empiètements éventuels du législateur.

Mais à la différence de celle-ci, elle est entreprise *a posteriori* et vise à faire reconnaître le caractère réglementaire de textes législatifs promulgués. La déclaration du caractère réglementaire d'un texte qui a été édicté en la forme législative, est en effet la condition nécessaire et suffisante pour que le Gouvernement puisse ensuite modifier le texte ou les dispositions du texte litigieux. La saisine qui appartient au Premier Ministre seul, ouvre une instance que va clore une décision du Conseil Constitutionnel dont dépend le droit pour le Gouvernement de modifier par la voie réglementaire, un texte intervenu antérieurement en la forme législative.

L'explication de l'origine de cette saisine réside vraisemblablement dans la déclaration faite par le Garde des Sceaux devant le Comité consultatif constitutionnel et aux termes de laquelle : « Le Gouvernement peut accepter, à l'occasion, une intervention parlementaire hors du domaine de la loi » (53).

Cette acceptation gouvernementale reste donc soumise à une limitation *a posteriori* qui permet au Gouvernement de faire déclarer à tout moment par le Conseil Constitutionnel le caractère réglementaire des dispositions qu'il avait provisoirement abandonnées au législateur, mais dont il entend se saisir à nouveau. Cette procédure, qui paraît postulée par la simple règle du parallélisme des formes, laquelle veut que sauf dérogation en vertu d'un texte législatif ou constitutionnel, un acte édicté par un organe ou une autorité ne puisse être modifié que par un organe ou une autorité équivalent, complique singulièrement les choses. En pratique ce sont en effet des dispositions parcellaires d'un texte législatif qui sont déférées au Conseil afin de faire consacrer leur caractère réglementaire. On aboutit ainsi à fragmenter une même loi en en retranchant certaines dispositions qui vont désormais faire l'objet de règlements.

De même, il est regrettable d'avoir limité la compétence du Conseil à la connaissance des seules lois promulguées postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 et d'avoir renvoyé pour la modification ou l'abrogation des autres par la voie réglementaire, à un avis non contraignant du Conseil d'Etat.

La clarté ne semble guère être la caractéristique dominante de cette procédure.

---

(53) Discours de M. Debré devant l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat le 27 août 1958 (R.F.S.P. 1959, p. 12).

## § 2. — *Le contentieux de l'élection et du référendum.*

La répartition des compétences contentieuses en matière électorale obéit à des règles simples. Les tribunaux administratifs, et le Conseil d'Etat en appel, sont juges des élections locales (conseils municipaux) (54) et conseils généraux (55) alors que le contentieux de la régularité des élections parlementaires, longtemps confié aux membres des assemblées parlementaires elles-mêmes, est désormais de la compétence du Conseil Constitutionnel (56). Cette juridiction est également compétente pour connaître de la régularité des opérations de référendum et de l'élection du Président de la République.

Il y a donc lieu de comparer les règles afférentes à la saisine devant les juridictions administratives et devant le Conseil Constitutionnel.

### A. — Les règles afférentes à la saisine devant les juridictions de l'ordre administratif.

#### 1) Définition de l'acte entrepris.

La compétence des juridictions administratives (tribunaux administratifs en premier ressort et Conseil d'Etat en appel) s'étend non seulement au contrôle de la régularité de l'élection des élus municipaux (57) et cantonaux (58), mais encore au contentieux des déclarations de candidature dans les villes de plus de trente mille habitants (59), ainsi qu'aux opérations de la commission de révision des listes électorales (60).

#### 2) Qualité pour agir.

S'agissant des élections municipales, tout électeur et tout éligible peut saisir le tribunal administratif (61). En matière d'élections cantonales, la saisine appartient à tout électeur du canton, aux candidats à l'élection et aux conseillers généraux du département (62). Dans chacune de ces deux élections, le Préfet peut également saisir le

---

(54) Loi du 5 avril 1884 (code élec., art. L. 248 à L. 251, L. 272 et R. 119 à 123).

(55) Loi du 31 juillet 1875 modifiée par décret du 8 septembre 1934 (code élec., art. L. 222, L. 223 et R. 113 à R. 117).

(56) Constitution, article 59.

(57) Code électoral, art. L. 248, 249, 250 et R. 119.

(58) Ibid., art. L. 222, 223, 341 et R. 113.

(59) Ibid., art. R. 128.

(60) Ibid., art. L. 120.

(61) Ibid., art. L. 248 et 272.

(62) Ibid., art. L. 222.

(63) Ibid., art. L. 222, 2<sup>e</sup> al. et L. 248, 2<sup>e</sup> al.

tribunal administratif, mais uniquement pour inobservation des conditions et formalités légales (63).

### 3) Délais.

Ceux-ci sont identiques pour les élections municipales et pour les élections cantonales. Si la protestation est simplement consignée au procès-verbal, il n'y a d'autre délai que celui résultant de la clôture de ce procès-verbal. Les requérants qui veulent saisir directement le tribunal administratif disposent d'un délai de cinq jours (64), tandis que le délai de déferé du préfet est de quinze jours (65).

### 4) Forme.

Le recours doit être présenté sous la forme d'une protestation motivée, signée et déposée au lieu prescrit par le Code électoral.

## B. — Les règles afférentes à la saisine devant le Conseil Constitutionnel.

A l'instar du système prévalant en matière d'élection locale, seules les élections et les opérations de référendum à l'encontre desquelles des protestations ont été émises, sont contrôlées par le Conseil Constitutionnel. Telle une juridiction administrative, celui-ci doit être saisi par une requête.

On distinguera la saisine en matière d'élections parlementaires, d'élections présidentielles et d'opérations de référendum.

### 1) La régularité des élections parlementaires.

#### a) Définition de l'acte attaqué.

Le Conseil « ne peut être valablement saisi de contestations autres que celles dirigées contre l'élection d'un parlementaire » (66) : cette formule jurisprudentielle fait référence aux articles 32, 33, 35 et 39 de l'ordonnance sur le Conseil Constitutionnel. Il s'ensuit que toutes les requêtes qui ne tendent pas à l'annulation de l'élection d'un parlementaire dans une circonscription déterminée, sont irrecevables (67). La haute Instance applique ce principe très strictement. C'est

---

(64) Code électoral, art. R. 113 et R. 119.

(65) Ibid., art. R. 113, 3<sup>e</sup> al. et R. 119, 3<sup>e</sup> al.

(66) Ass. Nat. Seine, 2<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 4 déc. 1958, Rec. C.C. 78).

Ass. Nat. Seine-et-Oise, 2<sup>e</sup> circ. (C.C. 8 janv. 1963, Rec. C.C. 56).

Ass. Nat. Marseille (C.C. 22 janvier 1963, Rec. C.C. 85).

Ce contrôle de régularité englobe, conformément à la jurisprudence des anciennes Assemblées parlementaires, le contrôle de l'éligibilité : articles 7 et 8 de l'ordonnance du 24 octobre 1958 (J.O. du 25) modifiée par l'ordonnance du 4 février 1959 (J.O. du 7).

(67) El. Ass. Nat. Loire, 6<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 6-1-1959, Rec. C.C. 129).



ainsi qu'elle a refusé de se prononcer non seulement sur toutes les réclamations visant au remboursement des frais engagés par un candidat non élu (68), mais encore sur la validité des bulletins contestés dont le pourcentage aurait autorisé ce remboursement (69).

#### b) Qualité du requérant.

Ont seuls qualité pour contester une élection parlementaire, les électeurs inscrits sur les listes électorales de la circonscription (70) et les personnes ayant fait acte de candidature même si l'enregistrement de leur déclaration a été refusé par l'autorité administrative, si elles n'ont pas fait campagne, ou se sont retirées avant le second tour (71). Les suppléants peuvent, dans les mêmes conditions introduire une requête (72). La saisine est ainsi restreinte aux personnes qui ont concouru ou voulu concourir à l'élection. Comme le souligne M. Charnay :

« Cette discrimination quant à l'auteur de la saisine tend à introduire « la notion de lésion d'un intérêt personnel dans le contentieux électoral » (73).

---

Ass. Nat. Drôme, 3<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 5-1-1959, Rec. CC. 108).

Ass. Nat. Nièvre, 2<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 4-1-1959, Rec. CC. 79).

Ass. Nat. Gironde, 1<sup>re</sup> circ. (C.C. 8-1-1963, Rec. C.C. 41).

Ass. Nat. Seine-et-Marne, 3<sup>e</sup> circ. (C.C. 15-1-1963, Rec. C.C. 65).

Sénat Aisne (C.C. 8-1-1963, Rec. C.C. 41).

Ass. Nat. Seine, 30<sup>e</sup> circ. (C.C. 8-1-1963, Rec. C.C. 48).

Ass. Nat. Seine-et-Oise, 2<sup>e</sup> circ. (C.C. 8-1-1963, Rec. C.C. 56).

Ass. Nat. Bouches-du-Rhône (Marseille) (C.C. 22-1-1963, Rec. C.C. 85).

Sénat Meuse (C.C. 14-10-1965, Rec. C.C. 62).

Ass. Nat. Moselle, 8<sup>e</sup> circ. (C.C. 13-4-1967, Rec. C.C. 49).

Ass. Nat. Gironde, 9<sup>e</sup> circ. (C.C. 21-6-1967, Rec. C.C. 125).

Ass. Nat. Corse, 3<sup>e</sup> circ. (C.C. 30-1-1968, Rec. C.C. 199).

Ass. Nat. recours n° 67.353 du 13 avril 1967 (Rec. C.C. 45).

(68) Ass. Nat. Nord, 6<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 4-12-1958, Rec. C.C. 82).

Ass. Nat. Nord, 23<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 12-12-1958, Rec. C.C., p. 85).

Ass. Nat. Seine-et-Marne, 9<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 5-1-1959, Rec. C.C. p. 106).

Ass. Nat. Bas-Rhin, 1<sup>re</sup> circ. (C.C.P. 6-1-1959, Rec. C.C. p. 123).

Ass. Nat. Haute-Garonne, 2<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 27-1-1959, Rec. C.C. p. 168).

Ass. Nat. Rhône, 5<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 6-1-1959, Rec. C.C. p. 116).

Ass. Nat. Haute-Garonne, 1<sup>re</sup>, 4<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 27-1-1959, Rec. C.C. pp. 165 à 172).

Ass. Nat. Seine, 10<sup>e</sup> circ. (C.C. 15-1-1963, Rec. C.C. p. 66).

(69) Ass. Nat. Gard, 1<sup>re</sup> circ. (C.C.P. 12-12-1958, Rec. C.C. 87).

(70) Ass. Nat. Lozère, 2<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 6-2-1959, Rec. C.C. p. 185).

(71) Ass. Nat. Allier, 4<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 12-12-1958, Rec. C.C. p. 82).

(72) Ass. Nat. Hauts-de-Seine, 3<sup>e</sup> circ. (C.C. 11-10-1968, Rec. C.C. p. 72).

Ass. Nat. Seine, 31<sup>e</sup> circ. (C.C.P. 23-12-1958, Rec. C.C. p. 96).

(73) Op. cit., p. 243.

c) Forme de la requête.

Toute requête peut être rédigée sur papier libre (74). Elle doit contenir les nom, prénom, adresse, qualités des requérants et être signée par eux. Elle doit également, comporter les noms des élus dont l'élection est contestée ou la désignation précise de la circonscription et les motifs d'annulation invoqués. Les documents et pièces justificatives doivent être joints à la requête (75). Celle-ci doit être adressée au secrétariat général du Conseil ou, dans les Départements et territoires d'outre-mer, au préfet ou au chef de territoire.

d) Délai.

Les requêtes ne sont recevables que dans un délai de dix jours à compter du jour qui suit celui de la proclamation de l'élection (76).

2) Le contentieux de l'élection à la Présidence de la République.

a) Définition de l'acte attaqué.

Deux actes peuvent être contestés devant le Conseil Constitutionnel : la liste des candidats que la haute Instance elle-même a arrêtée (77) et les opérations électorales (78). En revanche l'ensemble de la campagne électorale, désormais confiée à une Commission nationale de contrôle de la campagne électorale (79), échappe complètement au Conseil Constitutionnel.

Mais la nature et l'étendue de l'acte dont connaît la haute Instance dépend de la qualité du requérant (80).

b) Qualité du requérant.

1° A l'encontre de la liste des candidats arrêtée par le Conseil, les seules réclamations admises sont celles de toutes personnes ayant fait l'objet de présentations (81). Ni les électeurs, ni les partis ou groupements, ne sont admis à présenter des réclamations. La loi

---

(74) Un télégramme constitue même une forme recevable : Sénat Guadeloupe, 9 juillet 1959 (Rec. C.C. p. 247).

(75) Ass. Nat. Seine, 3<sup>e</sup> circ. 8 janvier 1963 (Rec. C.C. p. 41).

(76) Art. 33 de l'ordonnance sur le Conseil Constitutionnel.

(77) Décret n° 64-231 du 14 mars 1964, art. 6 et 7.

(78) Ibid., art. 28.

(79) Titre II de décret susmentionné.

(80) Si, en matière d'élection parlementaire, les textes prévoient que le contrôle de la régularité des élections englobe celui de l'éligibilité des candidats (art. 7, ord. 24, oct. 1958, devenu art. LO 160 et L. 304. du Code électoral) ils sont muets en la matière : la jurisprudence a cependant retenu très logiquement cette solution : 17 mai 1969, Ducatel (J.C.P. 1970. I.16271, 3<sup>e</sup> espèce et note A. Claisse).

(81) Et ce indépendamment du rejet ou de l'acceptation de la candidature.

ayant défini de manière rigoureuse et objective la qualité de réclamant, le simple titre de personne présentée, c'est-à-dire en définitive l'intérêt à agir, ouvre un droit à réclamation. La saisine du Conseil Constitutionnel en la matière obéit donc à certaines règles du contentieux objectif, identiques à celles prévalant dans le recours administratif.

2° Quant aux protestations dirigées contre les opérations électorales, trois situations juridiques différentes se présentent selon que le réclamant est candidat, préfet ou chef de territoire, ou enfin électeur.

— Seul un candidat a la faculté de déférer directement au Conseil l'ensemble des opérations électorales (82).

— Le préfet ou le chef de territoire ne peut le saisir que des opérations d'une circonscription de vote et seulement si « les conditions et formes légales n'ont pas été observées » (83).

— Enfin l'électeur qui souhaite contester la régularité des opérations n'a que la possibilité de faire porter au procès-verbal mention de sa réclamation (84).

La limitation aux seuls candidats du droit de saisir le Conseil de l'ensemble des opérations électorales fonderait l'action sur la lésion d'un intérêt personnel (85), notion qui prévaut dans le recours administratif contentieux, si le Conseil n'était tenu, au-delà des réclamations parvenues à sa connaissance, d'examiner d'office toute irrégularité grave (86). La primauté de la défense de l'intérêt public est ainsi affirmée avec force.

c) Forme : la réclamation doit être écrite, mais sans aucune autre exigence. C'est ainsi que le Conseil peut être saisi par la voie télégraphique (87).

#### d) Délais.

1° En ce qui concerne l'établissement de la liste des candidats,

---

(82) Décret précité du 14 mars 1964, art. 28 *in fine*.

(83) Ibid., art. 28, alinéa 2.

(84) Ibid., art. 28, alinéa 1<sup>er</sup>.

(85) Dans ses décisions des 14 décembre 1965 (Rec. C.C. 1965.45) et 17 mai 1969 (J.C.P. 1970.I.16271, 2<sup>e</sup> espèce), le principe selon lequel, seuls les candidats peuvent déférer au Conseil l'ensemble des opérations électorales, a été rappelé avec force par celui-ci.

(86) Loi référendaire du 6 novembre 1962, art. 3, § III, renvoyant à l'article 50, alinéa 2 de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel (dispositions applicables en matière de référendum).

(87) Décret du 14 mars 1964, art. 28, al. 2 et 3.

la réclamation doit parvenir au Conseil dans le délai d'un jour franc suivant la publication de cette liste au *Journal officiel* (88).

2° Le droit de réclamation des électeurs contre les opérations électorales ne peut être exercé qu'antérieurement à la clôture du procès-verbal. Quant aux préfets ou chefs de territoire et aux candidats eux-mêmes, ils ne disposent que d'un délai de quarante-huit heures à compter de la clôture du scrutin, pour s'adresser au Conseil Constitutionnel. Celui-ci peut accorder alors un délai supplémentaire au requérant afin de lui permettre de développer ses moyens, la production de moyens nouveaux étant interdite (89).

3) La régularité des opérations de référendum.

a) Définition de l'acte entrepris.

Ayant interprété restrictivement les dispositions de l'article 59 de la Constitution et de l'article 50 de la loi organique le régissant, le Conseil Constitutionnel n'accepte d'être saisi que des « protestations susceptibles d'être formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées ». Cette jurisprudence élaborée par la Haute instance dans sa décision « Regroupement National » (90), exclut donc du champ de sa compétence tout ce qui a trait à l'organisation des opérations de référendum et au déroulement de la campagne électorale.

b) Qualité du requérant.

Bien que l'organisation de chaque référendum fasse l'objet d'un décret particulier, les règles afférentes à la saisine ont présenté une identité complète d'un référendum à l'autre. Il y a lieu de distinguer selon que le requérant est un simple électeur ou « le représentant du Gouvernement de la République », comme disent les textes, avec une imprécision remarquable (91).

---

(88) Ibid., art. 7.

(89) Le décompte de ce nouveau délai a été réglé de manière assez curieuse. En ce qui concerne le premier tour, on se serait attendu à ce qu'il expirât au moins avec l'ouverture du scrutin de second tour, en cas de ballottage. Or, il n'en a rien été. Le Conseil Constitutionnel a, au contraire, autorisé un candidat qui contestait la validité des opérations électorales « dans l'ensemble des départements et territoires d'Outre-Mer » à développer ses moyens jusqu'à une date postérieure d'un jour franc à la clôture des opérations du second tour (décision du 22 décembre 1965 sur une réclamation présentée par M. Mitterrand contre les opérations électorales du 5 décembre, Rec. C.C. 1965, p. 47). En revanche ce délai a été plus logiquement fixé à la limite même du temps imparti au Conseil Constitutionnel pour statuer en matière de proclamation définitive du candidat élu (décision du 28 décembre 1965 sur une réclamation présentée par M. Mitterrand à l'encontre des opérations électorales du 19 décembre 1965, Rec. C.C. 1965, p. 48).

(90) C.C. 23 décembre 1960, Rec. C.C., p. 68, et D. 1962.467, note Hamon.

(91) Cf. décrets n° 62-1135 du 4 octobre 1962, Rec. C.C. p. 82 et n° 69-299 du 3 avril 1969, Rec. C. C., p. 43.



1° L'électeur ne peut saisir directement le Conseil et n'a que la possibilité de faire porter au procès-verbal des opérations de vote mention de sa réclamation (92).

2° Le représentant du Gouvernement a le devoir de saisir directement le Conseil des opérations d'une circonscription de vote « dans laquelle les conditions et formes légales ou réglementaires n'auraient pas été observées » (93).

La notion de lésion d'un intérêt personnel, qui est largement présente dans le contentieux des élections locales devant les juridictions administratives comme dans celui des élections parlementaires et présidentielles devant le Conseil Constitutionnel, s'efface, en l'occurrence, devant la défense de l'intérêt public.

#### c) Forme.

La réclamation doit être écrite, mais sans aucune autre exigence. Le représentant du Gouvernement peut même saisir le Conseil par voie télégraphique (94).

#### d) Délais.

Le représentant du Gouvernement a un délai de quarante-huit heures à compter de la clôture de scrutin pour saisir le Conseil. Quant aux électeurs en l'absence de toute disposition précise à cet égard, il semble qu'ils puissent faire porter mention de leur réclamation jusqu'à clôture des procès-verbaux.

Il n'y a donc pas de différence de nature entre les règles régissant la saisine en matière électorale devant le Conseil d'Etat et devant le Conseil Constitutionnel. Sans doute, s'agissant de l'élection présidentielle, la notion de lésion d'un intérêt personnel, qui domine tant les contentieux des élections locales, que celui des élections parlementaires se combine-t-elle avec celle de défense de l'intérêt public puisque le Conseil Constitutionnel peut se saisir d'office des « irrégularités graves » entachant les opérations électorales. Mais il s'agit là d'une différence postulée par l'importance et la spécificité de l'élection présidentielle. Ainsi la saisine en matière électorale confirme le caractère juridictionnel du Conseil Constitutionnel (95).

---

(92) Art. 7 du décret précité de 1962.

(93) Art. 20 du décret susmentionné de 1969.

(94) Ibid.

(95) On objectera sans doute qu'en ce qui concerne les opérations référendaires, les électeurs ne peuvent saisir directement le Conseil Constitutionnel alors que le Conseil d'Etat ouvre la saisine à tout électeur qui a intérêt à la bonne organisation du scrutin (C.E. 19 octobre 1962, Brocas, D. 1962.701, concl. Bernard) mais cette saisine ne portant que sur les actes

## SECTION II

### LE DEROULEMENT DE L'ACTION

Tout autant que ceux qui se rapportent à la saisine, les traits généraux afférents au déroulement de l'action devant le Conseil Constitutionnel ont souvent été opposés à ceux qui caractérisent les juridictions administratives et particulièrement le Conseil d'Etat. La différence a paru plus accentuée encore dans les rapports existant entre les formations d'instruction et de jugement.

On s'emploiera donc à comparer les traits généraux de la procédure en vigueur devant les deux hautes Juridictions et la nature de la composition de leurs formations d'instruction et de jugement.

#### § 1. — *Les traits généraux de la procédure*

La procédure suivie devant le Conseil d'Etat présente un certain nombre de traits caractéristiques qui, pour être non codifiés, n'en sont pas moins très solidement établis. Elle est en effet écrite, inquisitoriale et contradictoire, secrète et le recours n'a pas d'effet suspensif. Mais il s'en faut de beaucoup que la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel présente le même degré d'homogénéité que devant les juridictions administratives. En réalité, c'est bien deux procédures distinctes qui apparaissent nettement selon que la haute Instance statue sur la conformité de textes ou sur la régularité des opérations électorales et de référendum. Dans le premier cas la procédure n'a pas été aménagée de façon détaillée et le Conseil n'étant tenu que par les quelques règles larges et générales posées par la loi organique le concernant, a édifié une procédure coutumière dont plusieurs traits diffèrent sensiblement de la procédure administrative contentieuse. En revanche, les règles procédurales afférentes au contentieux des opérations électorales et de référendum ont été minutieusement édictées par le règlement que le Conseil Constitutionnel s'est donné à ce sujet (96), et sont sensiblement identiques à celles qui prévalent devant les juridictions administratives statuant en matière électorale.

---

préalables au référendum et non sur les opérations référendaires, elles-mêmes, aucune conséquence ne peut en être tirée quant au caractère du Conseil Constitutionnel, cf. ci-dessous, p. 183.

(96) Règlement pris en application de l'article 56 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, Rec. C.C. 1958-59, p. 35.

### A. — Procédure écrite.

Devant le Conseil d'Etat, comme devant le Conseil Constitutionnel, la procédure est exclusivement écrite. Toutefois les avocats ont la faculté de plaider devant le Conseil d'Etat, mais sans pouvoir développer de moyens autres que ceux soulevés et discutés dans les mémoires. Ces plaidoiries restent cependant exceptionnelles, les avocats usant le plus souvent de la faculté qui leur permet de se référer à l'instruction écrite (97).

En pratique, il y a donc là similitude étroite entre le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel.

### B. — La Procédure inquisitoriale.

La procédure est inquisitoriale car elle est entièrement dirigée par le juge. La similitude entre la direction de l'instance par le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel statuant en matière électorale est totale. En revanche les pouvoirs du Conseil Constitutionnel statuant sur des textes, s'ils sont tout aussi étendus, sont cependant limités dans le temps par l'obligation à lui faite de respecter des délais extrêmement stricts : un mois réduit à huit jours à la demande du Gouvernement, en cas d'urgence, pour les déclarations de conformité à la constitution des lois organiques ou ordinaires, des règlements des assemblées parlementaires (98) ainsi que pour l'examen des textes de forme législative (99) ; huit jours seulement pour l'examen des fins de non recevoir (100).

1) En matière de contentieux électoral, le Conseil Constitutionnel procède, à l'instar du Conseil d'Etat, à la jonction des enquêtes relatives à la contestation de la même élection, même si les unes invoquent des faits relatifs à la régularité de l'élection et les autres des cas d'inéligibilité. Il y est ensuite répondu par une seule décision (101). D'autre part, des textes permettent au Conseil Constitutionnel de rejeter, sans instruction contradictoire préalable (102)

---

(97) Odent : *op. cit.*, p. 808 (éd. 1965-66).

(98) Art. 61, al. 3 de la Constitution.

(99) Art. 25 de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel complétant l'art. 37, al. 2 de la Constitution.

(100) Art. 41 de la Constitution et 28 de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel.

(101) Cf. notamment Ass. Nat. Seine, 2<sup>e</sup> circ. C.C.P. 4 déc. 1958, Rec. C.C. 78 et Ass. Nat. Seine, 10<sup>e</sup> circ. C.C., 15 janv. 1963, Rec. C.C. 66. La jurisprudence est aussi abondante que constante.

(102) Art. 38 de l'ordonnance sur le Conseil Constitutionnel et 12 du règlement sur le Conseil Constitutionnel.

mais à condition de motiver sa décision, les requêtes irrecevables ou ne contenant que des griefs qui, manifestement, ne peuvent avoir eu aucune influence sur les résultats de l'élection.

Ces dispositions ne font que codifier les règles élémentaires appliquées par les juridictions de l'ordre administratif. D'une part celles-ci ont toujours refusé d'examiner au fond les requêtes irrecevables et le Conseil Constitutionnel lorsqu'il a rejeté des requêtes sans examen contradictoire préalable, a toujours pris soin de motiver sa décision par le caractère irrecevable desdites requêtes (103). D'autre part le droit reconnu au Conseil Constitutionnel de rejeter, dans les mêmes conditions, les requêtes fondées sur des griefs insusceptibles de modifier les résultats définitifs de l'élection, est une transposition du critère de l'annulation traditionnellement adopté par le juge administratif en matière électorale. Ce dernier a, en effet, écarté le critère de l'illégalité au profit de celui de l'atteinte illégitime à la manifestation de volonté du corps électoral. Comme le note très justement J.-P. Charnay (104) :

« Toute élection baigne dans une brume d'irrégularités, de détail : « brouilleries juridiques dont on ne saurait faire état sans énerver le contenu électoral : de minimis non curat praetor. »

Cette jurisprudence est d'ailleurs conforme à celle traditionnellement suivie par les anciennes assemblées en matière de contentieux électoral.

Enfin à l'instar des juridictions administratives, le Conseil Constitutionnel est toujours maître de décider souverainement s'il y a lieu de procéder à une enquête, soit à la demande des parties, soit même d'office (105).

---

(103) Articles 38 de l'ordonnance sur le C.C. et 12 de son règlement. Nombreuses applications jurisprudentielles, cf. notamment : Ass. Nat. Algérie, 10<sup>e</sup> circ., C.C.P. 23 décembre 1958, Rec. C.C. 92 et Ass. Nat. Seine, 30<sup>e</sup> circ., C.C. 8 janvier 1963, Rec. C.C. 48.

(104) Les techniques d'investigation dans le contrôle des élections parlementaires françaises », R.D.P. 1964.5.

(105) Articles 42 de l'ordonnance sur le C.C. et 14 et 15 du règlement sur le C.C. — Décisions ordonnant l'enquête, cf. notamment : Ass. Nat. Aube, 3<sup>e</sup> circ., C.C.P. 6 février 1959, Rec. C.C. 113 — Ass. Nat. Seine, 1<sup>re</sup> circ., C.C.P. 17 janvier 1959, Rec. C.C. 146. — Ass. Nat. Dordogne, 1<sup>re</sup> circ., C.C. 29 janvier 1963, Rec. C.C. 99. Décisions rejetant l'enquête, cf. notamment :

Ass. Nat. Cher, 3<sup>e</sup> circ., C.C. 18 mai 1967, Rec. C.C. 82.

Ass. Nat. Bas-Rhin, 4<sup>e</sup> circ., C.C. 25 mai 1967, Rec. C.C. 89.



Le caractère inquisitoire de la procédure contentieuse en matière électorale se retrouve donc identiquement devant le Conseil Constitutionnel et devant les juridictions de l'ordre administratif (106).

2) Contrôle de légalité et contrôle de constitutionnalité :

La procédure inquisitoire prévaut également dans le contrôle de la régularité des textes. Mais devant le Conseil Constitutionnel, ses manifestations se trouvent réduites à leur plus simple expression en raison de la brièveté des délais imposés au prononcé de la décision.

C. — La procédure n'est que partiellement contradictoire.

1) La procédure contentieuse en matière électorale est contradictoire (107). Toutefois le caractère inquisitoire reste plus marqué devant le Conseil Constitutionnel.

En effet, alors que le ministère d'avocat est obligatoire devant le Conseil d'Etat, en vertu de l'appartenance du contentieux électoral à la pleine juridiction, il est facultatif devant le Conseil Constitutionnel et subordonné à la production d'un mandat exprès et écrit (108), les avocats ne bénéficiant d'ailleurs d'aucun monopole de défense et ne pouvant se présenter sans pouvoir. De surcroît les parties peuvent même se faire représenter par n'importe quelle personne de leur choix.

De même que les juridictions administratives sont tenues de notifier aux candidats proclamés élus, les recours attaquant leur élection (109), de même le Conseil Constitutionnel est dans l'obligation d'aviser le membre du Parlement dont l'élection est contestée, de la réclamation introduite (110). Mais devant le Conseil Constitutionnel, il n'y a pas, à proprement parler, communication de pièces, l'aspect contradictoire se trouvant ramené à sa plus simple expression, sous la forme d'un droit de consultation des dossiers. La procédure se déroule ensuite normalement avec la présentation d'observations en défense pouvant faire l'objet de « mémoire en réplique », et ainsi de suite. La ressemblance entre les deux types de procédure est

---

(106) Les tribunaux administratifs, lorsqu'ils connaissent en première instance du contentieux des élections sont astreints à statuer dans un délai de trois mois.

(107) De façon générale le Conseil d'Etat attache à cette règle une importance telle qu'il lui a reconnu la valeur d'un principe général du droit (12 mai 1961, Sté La Huta, Rec. 313).

(108) Art. 3 et 9 du règlement du Conseil Constitutionnel.

(109) C.E. 23 janv. 1885, El. de Fontiès-Cabardès, Rec. 83.  
C.E. 15 juill. 1960, El. d'Antony-le-Tillac, Rec. 1010.

(110) Ordonnance organique sur le C.C., art. 39.

encore accentuée par le droit également reconnu aux rapporteurs d'entendre officieusement les parties.

Enfin, en cas de désistement d'une des parties, acte doit lui en être donné (111).

2) En revanche lorsque le Conseil Constitutionnel se livre au contrôle de constitutionnalité, le caractère contradictoire disparaît, étant tout entier absorbé par l'aspect complètement inquisitorial de la procédure. C'est là que réside la différence procédurale la plus marquante entre les deux Conseils, la procédure contradictoire étant une des règles fondamentales appliquées par la haute juridiction administrative en matière de contrôle de légalité. Le Conseil Constitutionnel a cependant été amené à réintroduire des éléments contradictoires dans la conduite de la procédure. C'est ainsi que certains rapporteurs ont parfois proposé d'entendre, à titre officieux, le rapporteur d'un projet de loi organique ou de règlement d'une assemblée parlementaire. On ne saurait méconnaître l'importance de la communication au Conseil Constitutionnel, de l'ensemble des documents retraçant les travaux parlementaires qui ont abouti au texte dont la haute Instance est saisie. Lorsque celle-ci statue sur une fin de non recevoir opposée en vertu de l'article 41 de la Constitution, les positions respectives des tenants de la compétence législative et de la compétence réglementaire ont été largement explicitées au cours des débats devant l'assemblée parlementaire : dans cette hypothèse une procédure législative véritablement contradictoire a précédé l'instance devant le Conseil Constitutionnel et il n'est pas possible que la décision définitive rendue par celui-ci ne s'en ressente pas.

Mais, à l'opposé, la procédure suivie pour l'examen des textes de forme législative (art. 37 al. 2 de la Constitution), est non seulement dépourvue de tout caractère contradictoire, mais encore caractérisée par un privilège unilatéral au profit du Gouvernement, seul admis à exposer aux juges les raisons sur lesquelles il fonde son argumentation et, ce, sans qu'aucune réplique puisse lui être opposée.

D. — La procédure n'est pas secrète en matière électorale.

Le caractère secret de la procédure n'est opposable aux parties, ni devant le Conseil d'Etat, ni devant le Conseil Constitutionnel, statuant en matière électorale. Le droit pour les parties de prendre

---

(111) Cf. Sén. Val-de-Marne, 11 octobre 1968 : « Considérant que le désistement de M. Lautier est pur et simple, que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte » (Rec. C.C. 1968, p. 84).

connaissance de toutes les pièces du dossier soumis au juge est, d'ailleurs, une simple conséquence du caractère contradictoire de la procédure.

§ 2. — *Les rapports entre les organes d'instruction et de jugement*

Toute juridiction, saisie d'un litige, est chargée d'en suivre l'évolution de l'instruction au délibéré et se doit de conserver la même composition durant le déroulement entier du procès.

Mais si, comme l'a démontré M. Chaudet, les principes généraux de la procédure ont contribué fortement à sauvegarder l'unité de la juridiction pendant toute l'instance, il n'existe cependant pas un principe ou une règle unique qui garantisse formellement l'unité de la juridiction pendant toute la durée du procès (112).

La sauvegarde de l'unité de juridiction doit être envisagée au cours des deux phases du litige :

- identité de composition de la juridiction d'instruction et de jugement ;
- caractère intangible de la composition de l'organe de jugement.

A. — *L'identité de composition de la juridiction d'instruction et de jugement.*

La complexité des affaires soumises au juge nécessitant souvent de longues investigations, la décision de justice ne peut être rendue qu'après instruction. Devant les juridictions administratives, la procédure garantit l'unité de juridiction dans les deux phases de l'instance. Bien que les organes d'instruction et de jugement ne soient pas nécessairement composés des mêmes membres, ceux-ci appartiennent toujours à la même juridiction.

L'unité requise est donc organique et non physique : l'affaire doit être instruite et jugée par des membres d'un même corps, par des juges de la même juridiction.

Les différences que l'on peut relever à cet égard entre le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel portent moins sur le principe lui-même que sur les modalités de sa mise en œuvre.

---

(112) « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse », p. 487 (Paris, L.G.D.J. 1967).

### 1) La composition de l'organe d'instruction.

Devant les deux Conseils, le Président est le ciment de l'unité juridictionnelle et c'est de lui que l'organe d'instruction détient les pouvoirs qu'il lui a délégués. L'organe d'instruction jouit d'un rôle prépondérant, qu'il s'agisse devant le Conseil d'Etat, de la sous-section d'instruction ou devant le Conseil Constitutionnel de la section d'instruction de trois membres, chargée du contentieux électoral, ou du conseiller désigné comme rapporteur, en matière de contrôle de constitutionnalité.

Le jugement du contentieux électoral par le Conseil Constitutionnel présente toutefois une exception à la règle de l'unité que le Conseil d'Etat a étendue à l'ensemble des juridictions administratives et qui postule que l'organe d'instruction procède de la même juridiction que l'organe de jugement. Le président d'une juridiction de l'ordre administratif ne peut confier l'instruction qu'à un membre de la juridiction, faisant fonction de rapporteur de l'affaire.

Or cette règle se trouve partiellement écartée devant le Conseil Constitutionnel statuant en matière électorale. La haute Instance doit en effet désigner chaque année une liste de dix rapporteurs adjoints choisis, à l'extérieur, parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la Cour des Comptes (113). Ce sont ces rapporteurs adjoints auquel le Président du Conseil peut confier la mission de présenter un rapport à la section chargée de l'instruction. En pratique c'est d'ailleurs presque toujours à un rapporteur adjoint, non membre du Conseil, de préférence à un rapporteur pris en son sein, qu'échet cette tâche, bien que le Président ait la faculté de nommer indifféremment l'un ou l'autre (114).

L'atteinte ainsi portée à la règle de l'unicité, atteinte qui disparaît en matière de contrôle de constitutionnalité où le rapporteur appartient nécessairement au Conseil, est d'ailleurs d'une portée restreinte et s'explique uniquement par la nécessité pour le Conseil Constitutionnel, organe composé d'un nombre restreint de membres, d'évacuer, aussi rapidement que possible, un rôle qui connaît un brusque encombrement à chaque élection générale (115).

### 2) Les rapports entre l'organe d'instruction et l'organe de jugement.

Devant le Conseil d'Etat, l'unité de juridiction est maintenue grâce à l'information complète de l'organe de jugement par l'organe d'ins-

---

(113) Ordonnance sur le Conseil Constitutionnel, art. 36, al. 2, et règlement du C.C., art. 8.

(114) Ordonnance sur le Conseil Constitutionnel, art. 36, al. 2 et règlement du C.C., art. 8.

(115) Grosso modo, un tiers des élections à l'Assemblée Nationale font l'objet de recours devant le Conseil Constitutionnel.



truction. Bien qu'il n'y ait pas identité physique des membres appartenant à l'organe d'instruction et de jugement, le principe de l'unité est maintenu puisque les membres des deux organes appartiennent également à la même juridiction. Comme le souligne très justement M. Chaudet :

« Le principe de l'unité de juridiction impose que l'organe d'instruction ait la même nature que l'organe de jugement, le premier ne constituant qu'un démembrement du second qui caractérise plus pleinement et plus complètement la juridiction » (116).

L'unité de juridiction du Conseil Constitutionnel est beaucoup plus poussée puisqu'elle va jusqu'à l'identité physique des membres ayant participé à l'instruction et au jugement, tous ayant voix délibérative au moment du vote (117). La seule exception à cette règle concerne le rapporteur-adjoint qui, bien qu'autorisé à assister aux débats de l'organe de jugement, n'a pas voix délibérative. Il se trouve ainsi dans une position analogue à celle du commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat (118).

Les différences relevées dans les rapports entre organes d'instruction et de jugement devant les deux Conseils ont trait à des modalités d'organisation intérieure, non à des principes fondamentaux de la procédure. Elles s'expliquent par le fait que le Conseil d'Etat est un organe nombreux, alors que le Conseil Constitutionnel est réduit à neuf membres.

#### B. — L'intangibilité de la composition de l'organe de jugement.

1) L'identité physique des membres composant l'organe de jugement.

Une fois l'instruction close, la juridiction siège sous sa forme d'organe de jugement et doit conserver cette composition jusqu'à ce que le délibéré soit vidé et ait abouti à une décision juridictionnelle. La procédure administrative contentieuse postule impérativement que la composition de la juridiction reste constante tout au

---

(116) « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse », p. 491.

(117) La section d'instruction comprenant trois membres, le Conseil Constitutionnel statuant en formation de jugement du contentieux électoral ne compterait plus que six juges au maximum !

(118) Cf. Odent, *op. cit.*, tome II, p. 811 (éd. 1965-66).

long des débats. Les mêmes juges doivent prendre part à toutes les audiences au cours desquelles l'affaire est discutée, et à l'ensemble du délibéré.

L'unité juridictionnelle ainsi exigée est de nature non plus organique mais physique. Ce principe s'impose au Conseil Constitutionnel en l'absence d'un texte, eu égard à la spécificité de sa formation de jugement et à la nature même de sa composition, qui rend toute suppléance instantanée impossible.

Pourtant la nécessité de procéder au remplacement d'un ou plusieurs conseillers peut s'imposer. Les textes ont prévu des procédures précises de remplacement, qui instituent des règles aussi strictes que celles prévalant devant les juridictions de l'ordre administratif.

2) La sauvegarde de l'unité juridictionnelle en cas de composition incomplète de l'organe de jugement.

Le risque de paralysie d'une juridiction, en raison de l'absence de certains de ses membres, ne saurait être sous-estimé. L'institution d'un quorum assurant la composition minimale de la juridiction s'est donc accompagnée d'une procédure de remplacement. D'autre part l'arbitrage souverain du Président s'est imposé comme moyen de rendre une décision lorsque les membres d'une juridiction composée de façon paritaire se partagent par moitié.

a) Les règles du quorum majoritaire et la procédure de remplacement : l'exigence d'un quorum majoritaire s'impose tant devant le Conseil d'Etat que devant le Conseil Constitutionnel.

Alors que devant le Conseil d'Etat, des règles précises imposent à chacune des formations statuant au contentieux, une composition minimale et que le Conseil Constitutionnel ne peut rendre ses décisions qu'en la présence de sept conseillers au moins, aucune procédure de remplacement n'a été prévue devant celui-ci, en dehors du renouvellement régulier de ses membres dont le mandat vient à expiration ou qui, pour toute autre raison, cesseraient de faire partie du Conseil. Dans la première hypothèse, la date exacte de l'expiration étant prévisible, le Président peut aisément prendre toutes les dispositions utiles.

En revanche, si la cessation de fonctions survient pour toute autre cause, ou si plusieurs membres se trouvent empêchés d'assister aux séances, le Conseil risque de tomber en-dessous du quorum (119).

---

(119) Par suite de la présence de droit au Conseil Constitutionnel des anciens Présidents de la République, le nombre des membres de la haute

Le législateur a voulu remédier à ce risque de paralysie du Conseil Constitutionnel en lui permettant de rendre ses décisions, même lorsque le quorum n'est pas atteint, à condition qu'il y ait « cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal » (120).

Bien que cette hypothèse ne se soit jamais réalisée jusqu'à présent, il est vraisemblable que, dans la mesure où le défaut de quorum serait dû à la cessation définitive des fonctions de certains membres par décès ou démission, le Conseil Constitutionnel ne statuerait que s'il se trouvait dans l'un des cas où il est tenu de rendre ses décisions dans un délai très bref (huit jours).

La portée de cette dérogation à la règle du quorum doit cependant être regardée comme exceptionnelle et cette règle comme le droit commun de la procédure.

b) La règle de l'imparité dans la composition des formations de jugement n'a pas davantage été imposée au Conseil d'Etat qu'au Conseil Constitutionnel. La nécessité de trancher définitivement a donc été résolue de façon identique par l'octroi au Président de la voix prépondérante en cas de partage : sa décision revêt alors l'aspect d'un arbitrage souverain.

### SECTION III

#### LA DECISION

L'étendue des pouvoirs d'une juridiction est susceptible d'être limitée dans le temps, et quant à l'objet sur lequel celle-ci statue. La première limitation a trait aux délais impartis à une juridiction pour statuer, la seconde à l'interdiction de statuer *ultra-petita*.

#### A. — Le problème des délais à statuer.

Alors que les juridictions administratives ne se voient, en général, pas impartir de délais pour statuer (121), il en va autrement en ce

---

Instance peut du reste être supérieur à neuf, ce qui aboutit à réduire l'exigence quantitative du *quorum*. En fait il n'en a guère été ainsi et jusqu'à présent l'expérience des anciens Présidents de la République au Conseil Constitutionnel a été décevante : le Président V. Auriol a démissionné en 1961, le Président Coty a refusé de continuer à siéger l'année suivante et le Général de Gaulle n'a jamais assisté à une seule réunion du Conseil.

(120) Ordonnance organique sur le Conseil Constitutionnel, art. 14.

(121) Il existe toutefois certaines exceptions à ce principe, ainsi devant le tribunal administratif en matière de protestation contre une élection

qui concerne le Conseil Constitutionnel dont les attributions sont souvent enserrées dans des délais très stricts : un mois, ramené éventuellement à huit jours à la demande du Gouvernement, pour les déclarations de conformité à la constitution des lois, des lois organiques, des traités et des règlements des assemblées parlementaires ainsi que pour l'examen des textes de forme législative, huit jours pour l'examen des fins de non recevoir.

Le contrôle de l'élection du Président de la République s'exerce également dans des délais très brefs puisque le nombre de suffrages obtenus par chaque candidat doit être établi dans les quarante-huit heures qui suivent le scrutin, en cas de ballottage, et dans les dix jours lorsque la majorité absolue a été atteinte par un des candidats (122).

En revanche, ni les élections aux assemblées parlementaires, ni le référendum n'obligent le Conseil Constitutionnel à statuer dans des délais précis (123), à l'occasion des recours dont il peut être saisi.

La différence existant entre les deux Conseils quant à l'institution du délai à statuer apparaît comme le corollaire de la dissemblance précitée (124) en matière d'effet suspensif ou non, des recours. Le caractère suspensif du recours en matière de contrôle de constitutionnalité postule que le conflit soit tranché très rapidement, à peine de bloquer le processus législatif. A contrario, les décisions rendues sur les recours non suspensifs, déposés contre l'élection des parlementaires n'ont pas à être rendus dans des délais limitativement fixés.

#### B. — L'interdiction de statuer *ultra petita*.

Quant à l'étendue de la compétence à l'égard des recours dont ils sont saisis, ni le Conseil d'Etat ni le Conseil Constitutionnel ne peuvent statuer *ultra petita*, c'est-à-dire trancher des questions dont ils n'ont pas été saisis.

1) Ce principe, constamment appliqué par le Conseil d'Etat (125), a également été adopté par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 11 août 1960 :

---

à un Conseil Municipal, à un Conseil Général ou au tribunal paritaire des baux ruraux.

(122) Décret du 14 mars 1964, art. 27.

(123) Encore qu'il soit censé proclamer les résultats du référendum « dès que possible » (art. 6 et 7 du décret n° 60-1306 du 8 décembre 1960).

(124) Cette section § 1, D).

(125) Cf. notamment 23 octobre 1936, Gouvernement Général de l'A.E.F. c. Raffi, p. 904; 17 juillet 1950 Mathieu, p. 439; 14 février 1958, Société Thorrand et Cie, A.J.D.A. 1958.I.13, concl. Long.



« Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil Constitutionnel  
« de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui  
« concerne les autres dispositions dont il est saisi par le Premier Ministre  
« aux fins d'examen de ses articles » (126).

Ultérieurement la haute Instance réaffirma la constance de sa jurisprudence en des termes quasiment identiques (127).

2) En adoptant la règle selon laquelle il ne peut statuer ni *extra ni ultra petita*, le Conseil Constitutionnel alignait ainsi sa position sur celle du Conseil d'Etat, comme d'ailleurs de toutes les juridictions. C'est ce qu'observait très exactement M. Waline :

« Il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel d'examiner la constitutionnalité de décisions qui ne lui sont pas déférées, et notamment  
« d'examiner l'ensemble d'une loi, dont deux articles seulement sont  
« soumis à son examen. Ceci est conforme à la règle selon laquelle une  
« juridiction ne peut statuer ni *extra petita*, ni *ultra petita* et confirme  
« l'idée selon laquelle le Conseil Constitutionnel est bien une juridiction » (128).

Paradoxalement pourtant l'adoption de cette règle a été critiquée par ceux des représentants de la doctrine qui ont dénoncé le caractère insuffisamment juridictionnel des fonctions du Conseil Constitutionnel. Si M. Hamon s'est borné à déplorer « l'ambiguïté de la rédaction » (129), M. Loïc Philip a ouvertement déploré ce qu'il considère comme « une limitation de la compétence du Conseil », y voyant précisément la preuve que « cet organe est moins un garant de la Constitution que le défenseur des prérogatives gouvernementales » (130).

Une telle analyse n'est guère soutenable, ni en droit, ni en fait. Il est en effet évident qu'aucun argument de texte ne saurait être cité à l'appui de cette thèse (131) et qu'il n'y a aucune raison pour que

---

(126) Rec. C.C. 1960, p. 25.

(127) Décisions n° 60-11 D.C. du 20 janvier 1961, Rec. C.C. p. 29 et n° 64-27 D.C. du 18 décembre 1964, Rec. C.C., p. 29.

(128) Note sous décision précitée, R.D.P. 1960-1029.

(129) Notes sous cette décision, D. 1961.470, et sous 20 janvier 1961, D. 1962.178.

(130) Note au S. 1961.167.

(131) Et certainement pas, contrairement à ce que pense M. Philip, celui tiré de l'article 23 de l'ordonnance sur le Conseil Constitutionnel.

le Conseil Constitutionnel échappe à une règle qui s'impose à toutes les juridictions. En pratique, il est de surcroît inconcevable que le grief d'inconstitutionnalité formulé à l'encontre d'un ou de quelques articles, conduise la haute Instance à se saisir de la totalité d'une loi qui est susceptible — et c'est notamment le cas des lois de finances — de contenir plusieurs centaines d'articles. On ne conçoit que trop aisément les difficultés qui en découleraient.

## § 2. — *Forme des décisions*

La similitude des techniques de rédaction des décisions accentue encore les ressemblances existant entre les procédures respectives des deux Conseils.

C'est une quasi-identité qui se dégage d'une comparaison de la structure de leurs décisions comme de leur méthode de rédaction.

### A. — La structure des décisions.

1) Les trois éléments de la décision : l'articulation en visas, motifs et dispositif est strictement identique. De surcroît, les motifs sont également précédés du terme « considérant » et le dispositif divisé en articles, caractéristique propre, jusqu'à l'instauration du Conseil Constitutionnel, aux seules décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits. Significatif est encore l'emploi commun de la formule : « En ce qui concerne... » qui permet d'envisager successivement les différents points de la requête lorsque ceux-ci ne peuvent être ramenés à un chef unique.

2) Les mêmes mentions caractérisent encore les décisions des deux Conseils, qu'il s'agisse de celle indiquant que la juridiction a régulièrement délibéré, qu'elle a eu connaissance complète des pièces du dossier et des textes régissant la matière et qu'elle a statué sur l'ensemble des moyens et conclusions de la requête. Les deux Conseils sont également dans l'obligation de motiver leurs décisions.

B. — La méthode de rédaction est celle que M. Rivero a très justement caractérisée comme étant la forme de « l'attendu » par opposition à celle de la « dissertation ».

« Avec la forme "Attendu", le juge se borne à *s'expliquer*, avec la forme "dissertation", il se "*justifie*" » (132). Par une méthode cal-

---

(132) Jean Rivero : « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la C.E.C.A. » A.F.D.I. 1958, p. 299.

quée sur celle du Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel fait donc prévaloir une motivation brève, par formules concises et parfois même elliptiques. Le laconisme de certaines motivations du Conseil Constitutionnel révèle une telle similitude de raisonnement avec le Conseil d'Etat que certains auteurs ont considéré qu'il s'agissait en l'occurrence d'une technique directement transférée au Conseil Constitutionnel par ceux de ses membres issus du Conseil d'Etat (133).

Si certaines décisions du Conseil Constitutionnel ont fait progressivement l'objet de développements plus longs, dépassant de plus en plus souvent en ampleur le contenu des arrêts du Conseil d'Etat, c'est que celui-ci, à la différence de celui-là, a tout loisir d'éclairer la solution dégagée à la lumière des conclusions du Commissaire du Gouvernement. La méthode de rédaction du Conseil Constitutionnel reste cependant suffisamment concise pour demeurer étroitement semblable à celle du Conseil d'Etat et, partant, radicalement opposée à celle de la dissertation chère aux grandes Cours constitutionnelles étrangères (Etats-Unis, Allemagne, Italie) dont les fonctions englobent, il est vrai, la régularisation du jeu politique.

---

(133) Notamment L. Favoreu, article précité.

## CONCLUSION TITRE I

L'organisation et le fonctionnement du Conseil Constitutionnel démontrent amplement son caractère juridictionnel. A tous égards l'indépendance de la haute Instance, comme celle des membres qui la composent, est parfaitement assurée. Dans les faits, les Conseillers constitutionnels se sont montrés capables de remplir la haute mission dont ils sont investis et ont su, à l'occasion témoigner de leur indépendance envers le pouvoir exécutif. La procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel est incontestablement juridictionnelle, même si certains aménagements par rapport à la procédure administrative contentieuse, ont été rendus nécessaires par la nature et les fonctions de la juridiction constitutionnelle. Sans doute objectera-t-on que le Conseil n'est pas une juridiction parce que le recours n'est pas ouvert à tous et qu'il n'y a pas de véritables parties au procès dans le contrôle de constitutionnalité des lois. C'est méconnaître que cet élément n'a jamais fait partie de la définition de la juridiction et que le tribunal des Conflits (en matière de conflits positifs), la Cour des Comptes, la Cour de discipline budgétaire, ainsi que la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, sont des juridictions bien que les justiciables ne puissent ni les saisir, ni même provoquer leur saisine.

Il reste à déterminer si l'examen des critères matériels des décisions, critère dont l'influence est prépondérante, confirme le caractère juridictionnel du Conseil Constitutionnel. C'est à quoi s'attachera le Titre II consacré à la comparaison des caractéristiques matérielles et de celles qui sont tirées de la force de vérité légale des décisions du Conseil Constitutionnel par rapport à celles du Conseil d'Etat.





## *TITRE II*

### *LES CARACTERISTIQUES MATERIELLES ET LA FORCE DE VERITE LEGALE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT A CELLES DU CONSEIL D'ETAT*

Ces caractéristiques sont déterminées par les critères matériels purs, tirés de la nature de l'acte émis et par le critère de la force de vérité légale qui s'attache à la chose jugée. Bien que d'origine formelle, ce dernier critère se rattache également aux caractéristiques matérielles de la juridiction puisque la Constitution pose le principe de la suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel sur celles de toutes les autres autorités administratives et juridictionnelles.

L'examen de ces caractéristiques auxquelles la doctrine et la jurisprudence ont traditionnellement reconnu une importance primordiale dans la détermination du caractère juridictionnel d'un acte, comprendra deux chapitres :

CHAPITRE I : La nature de l'acte émis.

CHAPITRE II : L'autorité de chose jugée et les voies de recours.



## CHAPITRE I

### LA NATURE DE L'ACTE EMIS

La nature de l'acte qui intervient en conclusion de l'examen d'une prétention par une juridiction, peut être définie soit de façon intrinsèque, par son essence même, soit par la nature du contrôle réalisé.

#### SECTION I

#### L'ESSENCE DE L'ACTE EMIS

Ayant écarté le critère du but comme peu clair et dépourvu de signification véritable, l'essence de l'acte juridictionnel ne peut être définie que par les deux critères traditionnels de l'objet et de la structure.

##### § 1. — *Le critère de l'objet*

On sait que la définition de l'acte juridictionnel par son objet se fonde sur les notions de droit objectif et de contestation (cf. Introduction ; chapitre premier). Celles-ci s'appliquent bien aux décisions du Conseil Constitutionnel comme à celles du Conseil d'Etat.

##### A. — Le contentieux électoral.

Les décisions rendues en matières électorales mettent en cause les notions de droit objectif et de contestation.

1) La désignation par l'élection a pour conséquence la collation d'une situation juridique de droit objectif. Comme le souligne M. Charnay (1) :

---

(1) « Le contrôle de la régularité des élections parlementaires », pp. 46 et 47.



« Ni le candidat proclamé, ni ses concurrents ne peuvent se prévaloir  
 « d'un droit subjectif à obtenir la qualité de député ; celle-ci demeure  
 « hors de la personnalité juridique ; elle n'y est que superposée ; l'attri-  
 « bution de cette qualité illégalement effectuée, ne peut donc porter  
 « atteinte qu'au droit du collège électoral à être régulièrement repré-  
 « senté.

« D'autre part, si, en matière d'élections aux assemblées législatives,  
 « seules les personnes inscrites sur les listes électorales de la circons-  
 « cription peuvent saisir le Conseil Constitutionnel et si ce droit est,  
 « de façon identique, réservé aux électeurs de la commune ou du  
 « canton dans le contentieux des élections locales, c'est la notion d'intérêt  
 « lésé, et non celle de droit objectif, qui est mise en évidence. Les mêmes  
 « observations s'appliquent au contrôle de la régularité de l'élection pré-  
 « sidentielle, dans lequel le droit de saisir directement le Conseil Consti-  
 « tutionnel de l'ensemble des résultats électoraux est attribué aux seuls  
 « candidats » (2).

Le contentieux des élections parlementaires et présidentielles relève donc, comme celui des opérations de référendum, du droit objectif.

2) L'existence d'une contestation est la condition même de la saisine de l'organe vérificateur en matière d'élections aux assemblées parlementaires. L'article 59 de la Constitution, qui fait dépendre l'intervention du Conseil Constitutionnel de la survenance d'une contestation est formel, à cet égard. A défaut de contestation, l'élection sera validée sans contrôle et, passés les délais de forclusion, deviendra inattaquable. Sans doute, en matière d'élection présidentielle et de référendum, le Conseil Constitutionnel intervient-il, même en l'absence de contestation, pour veiller à la régularité des opérations y afférentes. Mais seules celles de ses décisions, qui correspondent non pas à ses pouvoirs généraux de surveillance mais à sa compétence pour trancher une contestation relative au déroulement des opérations de vote, ont le caractère juridictionnel. Telle est la solution dégagée par le Conseil Constitutionnel dans sa célèbre décision rendue sur la requête du secrétaire du parti communiste réunionnais (3). S'agissant de l'élection du Président de la République, le Conseil Constitutionnel, qui est chargé de la surveillance de la campagne électorale par la commission nationale de contrôle de la campagne électorale, a étendu le caractère juridictionnel aux décisions relatives à l'inscription sur la liste des candidats à l'élection (4). Le critère tiré de l'existence d'une contestation relative à un

---

(2) Les Préfets et Chefs de territoire ne peuvent déférer au Conseil que les opérations d'une circonscription de vote déterminée, non, comme les candidats, l'ensemble des opérations.

(3) Décision du 3 avril 1962, Rec. C.C. p. 63.

(4) C.C. 17 mai 1969, J.C.P. 1970.I.16271, 3<sup>e</sup> espèce et note A. Claisse.

droit objectif démontre le caractère également juridictionnel des deux Conseils statuant comme juge des élections.

## B. — Le contrôle de régularité des actes.

Le contrôle de régularité des actes administratifs s'exerce normalement devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, tandis que le contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs est de la compétence du Conseil Constitutionnel. Le recours pour excès de pouvoir est caractérisé par une contestation relative au droit objectif. Pour ce qui est du contrôle de constitutionnalité, il faut distinguer le contrôle de la répartition des compétences normatives des pouvoirs publics et le contrôle de constitutionnalité au fond.

1) On rappellera que le concept de contestation doit être entendu dans le sens large de prétention se heurtant à une opposition ou à une résistance, conformément à la définition précitée du doyen Bonnard (5). C'est bien cette acception de la notion de contestation qui caractérise l'instance constitutionnelle relative au contrôle de la répartition des compétences normatives des pouvoirs publics. On ne peut évidemment parler de litiges, au sens étroit du terme entre les « Procureurs de la Constitution », qui sont censés agir uniquement pour faire respecter les règles constitutionnelles. Il n'en est pas moins vrai que seul un désaccord, une contestation sur le droit objectif opposant le Gouvernement au Président d'une assemblée parlementaire, fonde la compétence du Conseil Constitutionnel comme juge du caractère législatif ou réglementaire d'un texte ou d'un amendement (art. 41). De même l'appréciation *a posteriori* du caractère d'un texte formellement législatif (art. 37 alinéa 2) a pour objet de prévenir la contestation que pourrait provoquer la délégalisation de ce texte. Enfin lorsque le gouvernement fait usage de l'article 61 de la Constitution dans le but de faire respecter la répartition des compétences normatives, c'est pour contester au Parlement le droit d'édicter par la voie législative un texte qu'il revendique comme ressortissant à son domaine de compétence (6).

L'instance constitutionnelle s'apparente ainsi étroitement à l'action qui fait suite à l'élévation du conflit devant le Tribunal des Conflits. Comme les « procureurs de la Constitution », le Préfet, qui élève le conflit, « intervient dans la procédure de conflit comme représentant de la puissance publique » (7). Il n'y a donc pas, à proprement parler,

---

(5) Cf. ci-dessus p. 20.

(6) Cf. en ce sens C.C. 11 août 1960, D. 1961.470, note Hamon et R.S.F. 1961.5, note Trotabas.

(7) Auby et Drago : « Traité », tome II, p. 21. En ce sens également

de parties au litige et la procédure n'est pas davantage contradictoire que dans le conflit positif.

2) La contestation est nettement moins apparente lorsque le contrôle de constitutionnalité a lieu à titre obligatoire (lois organiques et règlements des Assemblées parlementaires) que lorsqu'elle est facultative. Dans la première hypothèse, il y a moins contestation que simple demande, alors que dans la seconde, la contestation est beaucoup plus marquée. Les décisions rendues par le Conseil Constitutionnel sur saisine obligatoire n'en gardent pas moins le caractère juridictionnel puisque les juristes admettent, à la suite de Duguit, que le juge peut être également saisi de questions ne donnant pas lieu à des prétentions contradictoires des parties et se présentant sous la forme d'une prétention unilatérale ou d'une demande. Ainsi en est-il, par exemple, du contentieux des comptes publics dont connaît la Cour des Comptes (8).

## § 2. — *Le critère de la structure*

Que l'acte juridictionnel soit défini comme un complexe des deux éléments, constatation-décision, ou qu'un troisième élément tiré de la force de vérité légale, y soit ajouté, la structure des décisions du Conseil Constitutionnel consacre le caractère juridictionnel de cet organe, à l'instar du Conseil d'Etat.

A. — La structure définie comme un complexe de deux éléments.

Les deux éléments, constatation-décision, se retrouvent dans toutes les décisions du Conseil Constitutionnel. Lorsqu'il est juge de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel constate qu'une atteinte a été ou n'a pas été portée à la Constitution et prend une décision en conséquence de cette constatation. En matière de contentieux électoral, la décision est prise en conséquence d'une constatation qui porte sur la conformité d'une situation juridique au droit objectif.

Si l'on distingue la constatation de la question de droit sur laquelle elle porte, les trois éléments dégagés par Vizioz (9) — question de droit tranchée par une constatation dont l'efficacité pratique est assurée par une décision — sont inhérents à toutes les décisions du

---

cf. Carré de Malberg : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », tome I, p. 789, note 22.

(8) Ibid., tome I, p. 4.

(9) Cf. Partie préliminaire, chapitre premier, p. 22.

Conseil Constitutionnel, qui ne présentent pas à cet égard la moindre différence par rapport à celles du Conseil d'Etat. Ce caractère juridictionnel est encore accentué par la prise en considération du troisième élément de la structure de l'acte, l'autorité de chose jugée ou force de vérité légale qui y est attachée.

B. — La constatation munie de la force de vérité légale.

Comme le Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel statue souverainement et ses décisions s'imposent avec force de vérité légale à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, en vertu des termes mêmes de la Constitution (article 62 alinéa 2).

Cette détermination constitutionnelle qui, comme on le soulignera ultérieurement, aboutit dans certaines hypothèses à remettre en cause la force de vérité légale de certaines décisions du Conseil d'Etat, est d'une extrême importance. D'une part elle confirme que les décisions du Conseil Constitutionnel sont matériellement juridictionnelles, quels que soient les éléments constitutifs de l'acte émis, mais d'autre part elle est de nature à établir, à elle seule, le caractère juridictionnel desdites décisions dans la mesure où une partie de la doctrine, à la suite de Jèze, et certaines décisions jurisprudentielles font de la force de vérité légale, le critère par excellence de l'acte juridictionnel (10).

Ce critère revêt donc une importance si grande et pose des problèmes pratiques si délicats que le chapitre suivant lui sera intégralement consacré. Il y a cependant lieu de noter dès à présent que, matériellement, sous l'angle de l'objet et de la structure de l'acte émis, les décisions du Conseil Constitutionnel présentent le même caractère juridictionnel que celles du Conseil d'Etat.

## SECTION II

### LA NATURE DU CONTROLE

La nature du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat reste à préciser. Le seul critère sûr dont on dispose à cet égard est celui de l'origine de la règle sur laquelle s'exerce le contrôle. Lorsqu'ils jugent de la conformité des actes, les deux Conseils ne contrôlent pas des règles de même origine même s'ils font application de normes identiques. De l'origine de la règle sur laquelle le contrôle porte, on s'efforcera de déduire la nature

---

(10) Cf. Partie préliminaire, chapitre premier, p. 25.



politique, constitutionnelle ou administrative de la juridiction des Conseils.

§ 1. — *La détermination de la règle sur laquelle porte le contrôle : loi ou règlement*

A. — Le Conseil Constitutionnel contrôle la régularité des actes formellement législatifs.

Le caractère commun à tous les actes qui doivent, ou peuvent, être soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel, est leur origine législative. Qu'il s'agisse des actes soumis à la juridiction obligatoire du Conseil (lois organiques ou règlements des assemblées parlementaires) ou à sa compétence facultative (propositions de loi, amendements, lois adoptées, lois autorisant la ratification des traités), tous émanent du législateur qui se trouve ainsi soumis à un contrôle qui est exercé par référence à la conformité à la norme supérieure, la Constitution.

B. — Le Conseil d'Etat contrôle la régularité des actes formellement administratifs.

La Haute Assemblée ne peut connaître que des actes pris par les titulaires ou les délégataires du pouvoir exécutif et s'est toujours strictement refusée à juger de tout acte pris par le législateur. Elle a rejeté le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un décret au motif qu'il impliquerait un contrôle de constitutionnalité de la loi en vertu duquel ce décret a été pris (11). Le refus d'apprécier la constitutionnalité des lois au fond est donc absolu. Cependant la Constitution de 1958, en créant un domaine réglementaire affranchi de la supériorité législative a modifié les données du problème. Indépendamment du contrôle de la répartition des compétences normatives, le Conseil d'Etat ne peut, en effet, sanctionner les règlements autonomes que par référence à la règle constitutionnelle à laquelle ils se trouvent immédiatement subordonnés. Tout en sanctionnant des règles de nature différente, les deux Conseils font alors référence et application de la même règle : la norme constitutionnelle.

Ainsi apparaît une nouvelle fonction commune des deux Conseils, celle d'interprète des règles constitutionnelles.

---

(11) C.E. 14 nov. 1952, Delle Hursul & autres, p. 513. — 10 juill. 1954, Fédération des Conseils des parents d'élèves des écoles publiques, p. 449. — 8 mai 1964, Sté la Verrerie cristallerie d'Arques, J.C.P. 1964.II.13733, note Hémard.

## § 2. — *Caractère de la juridiction des Conseils*

La nature du contrôle exercé par les deux Conseils vérifie leur caractère juridictionnel puisque chacun d'eux juge de la conformité d'une règle à une autre qui lui est hiérarchiquement supérieure, ce qui est bien l'une des fonctions essentielles de la juridiction. Quel est le caractère de cette juridiction : politique, constitutionnel ou administratif ?

Le concept de juridiction politique n'est admis qu'avec réserves par le droit français, qui l'a traditionnellement réservé à la seule Haute Cour de Justice. Le Conseil d'Etat a notamment refusé de suivre son Commissaire du Gouvernement qui, dans ses conclusions sous l'arrêt d'Allières (12), avait proposé de reconnaître la qualité de juridiction politique aux jurys d'honneur chargés de statuer sur le cas des parlementaires qui avaient voté en faveur de la délégation du pouvoir constituant au Maréchal Pétain le 10 juillet 1940. De surcroît une comparaison avec les cours constitutionnelles étrangères confirme que le Conseil Constitutionnel n'est pas une juridiction politique. Il n'a pas pour mission de moraliser la vie politique, en contrôlant, par exemple, les ressources financières des partis, ni de veiller au respect de l'ordre philosophico-politique établi, comme la Cour Constitutionnelle allemande. Ses compétences s'exercent toujours, par rapport à des normes juridiques précises, qu'il s'agisse du contrôle de la régularité d'une situation juridique (contentieux électoral) ou de la conformité d'une règle à une autre règle, hiérarchiquement plus élevée (contrôle de constitutionnalité).

C'est donc le caractère constitutionnel ou administratif qui différencie les deux juridictions.

### A. — Le Conseil Constitutionnel juge constitutionnel.

Le contrôle du Conseil Constitutionnel s'exerce sur une fraction matérielle non négligeable de l'activité et des rapports des pouvoirs publics, prévus par la Constitution. D'une part le Conseil connaît obligatoirement des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires, qui complètent et mettent en œuvre directement les règles essentielles posées par la Constitution. Il peut également être saisi des lois non promulguées et des engagements internationaux non ratifiés ou approuvés. D'autre part il est juge de la régularité

---

(12) C.E. 7 février 1947, R.D.P. 1947.68, concl. Odent et note Waline.

des élections parlementaires, donc du recrutement de l'organe titulaire du pouvoir législatif et constituant, d'autre part il contrôle l'élection du Président de la République qui dispose du droit de mettre fin à l'activité législative de l'Assemblée Nationale et de recourir au référendum.

Les matières constitutionnelles qui font l'objet du contrôle du Conseil Constitutionnel ne sont nullement quantité négligeable, même si elles sont loin de recouvrir l'ensemble du droit constitutionnel français. Le Conseil Constitutionnel est donc incontestablement une juridiction constitutionnelle. Il satisfait à deux des trois critères caractéristiques, selon M. Waline (13), de la juridiction, puisqu'il statue en droit et ne peut plus revenir sur sa décision qui a force de vérité légale, même pour lui. Sa conformité au troisième critère, celui de dire le droit sans y ajouter aucune règle nouvelle, est, en revanche, plus difficile à établir. Mais ce dernier critère, qui pose le problème du pouvoir normatif du juge, appelle des réserves car il aboutit à dénier au juge tout pouvoir de création de la règle de droit (14). On se bornera, par conséquent, à constater que la nature de l'activité du Conseil Constitutionnel satisfait aux deux caractéristiques majeures de la juridiction constitutionnelle.

#### B. — Le Conseil d'Etat juge administratif.

Le contrôle du Conseil d'Etat s'exerce sur l'ensemble des activités administratives, à l'exception de celles qui concernent les rapports entre les pouvoirs publics ou touchent aux relations entre la France et les Etats étrangers. Matériellement, le Conseil d'Etat est donc une juridiction administrative insusceptible de connaître de tout acte législatif. Mais les atteintes portées au principe de la séparation des pouvoirs par le système constitutionnel français de 1958 ont renforcé la tendance de la haute Juridiction administrative à étendre son contrôle à certaines matières constitutionnelles (15). Ce phénomène est la conséquence logique de la création d'un domaine réglementaire autonome et de l'institutionnalisation de la délégation de pouvoir. Les décrets autonomes comme les actes pris par le pouvoir réglementaire en vertu d'une délégation du pouvoir législatif (article 38), ou populaire (ordonnances référendaires) ou d'une modification des compétences des pouvoirs publics (article 16) sont justiciables du contrôle du Conseil d'Etat qui étend ainsi considérable-

---

(13) Cf. ci-dessus, Partie préliminaire, chapitre II.

(14) Ce problème sera traité au titre II de la deuxième partie ci-dessous.

(15) Cf. à ce sujet la thèse précitée de Francine Batailler : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel ».

ment le champ de sa compétence de juge des rapports entre les pouvoirs publics, matière constitutionnelle par excellence et dont la majeure partie échappait jadis à la haute Juridiction en vertu de ce que la doctrine avait théorisé sous la qualification de l'acte de gouvernement.

Toutefois ce rôle de juge constitutionnel reste exceptionnel et apparaît comme la conséquence normale de la compétence du juge de l'administration dans un système où l'interpénétration des pouvoirs est plus marquée qu'auparavant.





## CHAPITRE II

### L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE ET LES VOIES DE RECOURS

« Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. »

La force que la Constitution attache aux décisions du Conseil est l'indice le plus simple et le plus sûr du caractère juridictionnel de cette institution. Réaffirmant la position déjà prise par Jèze, le doyen Vedel note :

« L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel est absolue... sans que l'on puisse entrer dans les détails de la controverse, ceci à notre avis indique que le Conseil Constitutionnel est une juridiction et non pas simplement un organe politique de nature non juridictionnelle. Du fait que les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles, on doit en conclure que ses décisions ont une véritable autorité de chose jugée, ce qui est la marque même des juridictions » (1).

Pour claire qu'elle soit, la prescription de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution doit encore recevoir application. Or le Conseil d'Etat, comme d'ailleurs la Cour de Cassation, statue souverainement et en dernier ressort. Dans l'ordre juridictionnel, la réalisation effective de la suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel dépend nécessairement de l'étendue et du caractère d'autorité de chose jugée que leur reconnaît le Conseil d'Etat. Celui-ci a, par ailleurs admis, antérieurement aux textes, que le fait de statuer souverainement et en dernier ressort, ne faisait nullement obstacle à l'ouverture de recours en rétractation. A défaut de textes, ces voies existent-elles également devant le Conseil Constitutionnel ?

---

(1) « Droit constitutionnel et institutions politiques », Cours polycopié 1960-61. La position initiale du Doyen Vedel était beaucoup moins tranchée.

## SECTION I

L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE DES DECISIONS  
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Aux termes de la Constitution, les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. L'autorité de chose jugée dont sont formellement revêtues les décisions de la haute Instance témoigne de la supériorité fonctionnelle du Conseil Constitutionnel, sur tous les autres organes titulaires de l'autorité, y compris le Conseil d'Etat. Cette supériorité ne saurait cependant caractériser l'exercice par la haute Instance de ses attributions consultatives qui, comme telles, ne peuvent avoir d'effet obligatoire. C'est donc au Conseil Constitutionnel, juge non seulement de sa propre compétence, mais encore de la nature exacte de celle-ci, qu'il appartient de déterminer les hypothèses dans lesquelles il rend des décisions ayant autorité de chose jugée et celles qui ne conduisent qu'à la formulation d'avis purement consultatifs. Dans ses décisions des 23 décembre 1960 (2) et 3 avril 1962 (3), le Conseil Constitutionnel s'est efforcé, à partir d'une exégèse minutieuse des textes, de distinguer, à l'égard du contrôle des opérations de référendum, entre ces deux types de compétence. Son considérant est particulièrement important :

« Considérant que les attributions du Conseil Constitutionnel telles « qu'elles résultent des articles 46 et 47 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, sont purement consultatives en ce qui « concerne l'organisation des opérations de référendum et notamment « l'établissement de la liste des organisations habilitées à user des « moyens officiels de propagande ; que, par contre, conformément aux « dispositions de l'article 50 de ladite ordonnance, le rôle du Conseil a « un caractère juridictionnel en ce qui concerne le déroulement des « opérations de référendum. »

On ne pouvait guère mieux mettre en lumière le rapport de cause à effet existant entre l'autorité de chose jugée dont est revêtue une décision et son caractère juridictionnel. Sans doute, cela résulte-t-il d'un raisonnement *a contrario*, mais qui n'en est pas moins évident dans la mesure où le Conseil Constitutionnel proclame que ses attri-

---

(2) 23 déc. 1960, p. 67, D. 1962.467, note Hamon et R.A. 1961.46, note Liet-Vaux.

(3) 3 avril 1962, Parti communiste réunionnais, p. 63.

butions sont ou « consultatives » ou à « caractère juridictionnel » puisqu'à ces dernières seules, s'appliquent les dispositions constitutionnelles assurant l'autorité de chose jugée. Le caractère juridictionnel du Conseil Constitutionnel se trouve ainsi réaffirmé.

La mise en œuvre de la suprématie du Conseil Constitutionnel reste cependant à réaliser et sa reconnaissance par le Conseil d'Etat n'est pas toujours allée sans quelques réticences.

### § 1. — *Les conditions de la suprématie du Conseil Constitutionnel*

On sait que Jèze avait défini l'autorité de chose jugée par la force de vérité légale qui s'attache aux décisions rendues par le juge. Cette application, relativement simple, du vieil adage « *res judicata pro veritate habetur* », soulève cependant de nombreuses difficultés tenant aux controverses qui se sont traditionnellement élevées quant aux effets et au caractère de ladite autorité. Or la suprématie du Conseil Constitutionnel ne peut s'exercer qu'à deux conditions :

- que l'autorité de la chose par lui jugée soit absolue ;
- que cette autorité s'étende non seulement aux dispositifs de ses décisions, mais également aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire.

#### A. — Dans leurs effets les décisions rendues par le Conseil Constitutionnel sont revêtues de l'autorité absolue de chose jugée.

Le caractère absolu ou relatif de l'autorité de chose jugée dépend entièrement de la nature objective ou subjective du contentieux dans lequel la décision a été rendue. Le contentieux dont est chargé le Conseil Constitutionnel étant, par excellence, un contentieux objectif, les décisions qu'il rend sont très logiquement revêtues de l'autorité absolue de chose jugée.

D'une part les décisions du Conseil Constitutionnel ne ressemblent en rien à celles des juridictions judiciaires rendues entre parties, à l'égard d'un objet précis et sur une cause déterminée. Il ne peut donc être question de restreindre l'autorité de chose jugée à cette triple identité comme le fait le Code Civil. L'absence des parties (sauf en matière de contentieux des élections parlementaires et présidentielles) et l'apparition de « procureurs de la Constitution » chargés de saisir le Conseil, non pas en invoquant un intérêt propre, mais uniquement dans le but de faire respecter le droit objectif, confirment surabondamment que l'autorité des décisions de la haute Instance doit s'exercer *erga omnes* et sans aucune limitation.



D'autre part la limitation de l'autorité absolue des décisions rendues dans le contentieux de l'excès de pouvoir devant le Juge administratif à celles-là seules qui prononcent une annulation, ne sauraient davantage, et pour des raisons identiques, être appliquée aux décisions rendues par le Conseil Constitutionnel.

Mais si l'on ne peut parler de parties, d'objet et de cause dans le contentieux constitutionnel, une tendance s'est cependant dessinée pour affirmer que l'autorité de la chose jugée par le Conseil Constitutionnel était limitée aux seuls actes sur lesquels celui-ci s'était expressément prononcé (4).

B. — Le caractère de l'autorité qui s'attache à la suprématie jurisprudentielle du Conseil Constitutionnel est marqué par son extension aux motifs de la décision.

Le Conseil Constitutionnel a posé avec force le principe selon lequel l'autorité de ses décisions « s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même » (5).

En faisant passer l'autorité de la chose jugée, délibérément et comme systématiquement du dispositif aux motifs, on élargit notablement la portée du principe. Dans le domaine judiciaire, cette extension constitue une exception au principe qui postule que « l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux énonciations du dispositif » (6), exception que la Cour de Cassation n'admet qu'avec prudence et en des termes nuancés (7). La jurisprudence du Conseil d'Etat admet cette extension de façon plus large et en fait application chaque fois que les motifs constituent le soutien nécessaire du dispositif, c'est-à-dire sont indispensables pour déterminer le sens exact de ce qui a été jugé par le dispositif (8).

La position de principe du Conseil Constitutionnel aboutit à rendre véritablement effective la suprématie qui lui est reconnue et ce, tant à l'égard du Gouvernement que du Conseil d'Etat.

---

(4) Cf. en ce sens, concl. Fournier sous C.E. 18 mai 1960, Karle, Rec. p. 333 et Baudoin sous C.E. 12 décembre 1969, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, A.J.D.A. 1970.102.

(5) Décision du 16 janvier 1962, p. 31, S. 1963.303, note Hamon.

(6) Encyclopédie Dalloz, Procédure, V° Chose jugée, n° 79 et s.

(7) Cf. notamment un arrêt du 21 mars 1950, D. 1950.381.

(8) Cf. C.E. 26 juillet 1912, Chemins de fer d'Orléans et du Midi, D. 1916.3.18, concl. Riboulet et 28 déc. 1949, Sté des Automobiles Berliet, p. 579, S. 1950.3.1, note Mathiot et D. 1950.383 note Weil.

Cf. également l'addendum ci-dessous.

1) Dans ses décisions des 8 septembre et 18 octobre 1961 (9), le Conseil a rappelé au Gouvernement que la répartition constitutionnelle des compétences opérée par les articles 34 et 37 était objective et qu'il n'appartenait pas à ce dernier de la modifier en acceptant une extension du pouvoir législatif dans le domaine réglementaire, une telle délégation n'ayant qu'un effet précaire et fragmentaire (10). Quant à la disposition instituant la délégation, quand bien même elle n'aurait été déférée au Conseil Constitutionnel en temps utile pour faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité, elle se trouve frappée de caducité, étant nulle et de nul effet. Bien que n'ayant pas fait l'objet d'une annulation formelle, elle est, à l'instar d'un acte administratif à l'encontre duquel a été admise une exception d'illégalité, dépourvue de tout effet juridique.

Ceci emporte pour le Gouvernement deux ordres de conséquences :

1) Le non-usage, même prolongé, par le Gouvernement de la référence aux articles 34 et 37, ne peut valoir perte par lui de son droit à s'en prévaloir dans les termes de l'article 41.

2) Le simple énoncé par le Conseil Constitutionnel, dans ses motifs, qu'une disposition de la loi a été édictée par le Parlement en violation des articles 34 et 37, équivaut à la reconnaissance au Gouvernement du droit de modifier ou d'abroger ladite disposition par voie réglementaire, sans consulter le Conseil, comme l'article 37 alinéa 2 lui en fait théoriquement l'obligation. Poussant encore davantage les conséquences de son propre raisonnement, le Conseil a même décidé, dans une décision qui prend les allures d'un arrêt de règlement qu'un tel recours était purement et simplement sans objet :

« Que la décision précitée (11) — confirmée par une décision du 18 octobre 1961 reconnaissant un caractère réglementaire d'un amendement « présenté au projet de loi sur la fixation des prix agricoles — s'impose « donc au pouvoir public et à toutes les autorités administratives et « juridictionnelles avec la portée même que lui donnent les motifs sus- « rappelés qui en sont le soutien nécessaire » (12).

---

(9) Rec. C.C. 1961, pp. 47 et 48, D. 1963.383, note Hamon.

(10) Le Premier Ministre, M. Debré, avait adopté devant l'Assemblée Nationale une thèse diamétralement opposée : « Nous y sommes quasiment obligés (à discuter les amendements) en vous soumettant un texte dont certaines dispositions sont du domaine réglementaire, mais sur lesquelles nous voulons provoquer une discussion dans cette enceinte » (J.O.A.N. débats, 1960, p. 468).

(11) Il s'agit de la décision du 8 septembre 1961.

(12) Décision précitée du 16 janvier 1962.

2) La suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel sur celles du Conseil d'Etat, comme d'ailleurs sur les arrêts de la Cour de Cassation, découle tant de la lettre que de l'esprit de la Constitution. Lors des débats qui eurent lieu au Comité consultatif constitutionnel, le Garde des Sceaux répondant à une question de M. Waline, avait précisé qu'il ne faisait aucun doute pour les auteurs de la Constitution que les dispositions finales de l'article 62 excluaient absolument tout recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat (13). Les deux juridictions statuant indépendamment et en dernier ressort, il appartiendra au Conseil Constitutionnel d'imposer au Conseil d'Etat le respect de ses décisions.

Deux situations peuvent se présenter selon que les Conseils aient à répondre à la même question ou qu'ils se trouvent en présence de deux textes totalement différents et parfaitement étrangers l'un à l'autre.

a) La première hypothèse est celle dans laquelle un même décret est attaqué pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, et fait, d'autre part, l'objet d'une proposition de loi (tendant à son abrogation ou à sa modification) déférée pour inconstitutionnalité au Conseil Constitutionnel.

Bien que les deux textes soient formellement différents, c'est la même question qui se trouve posée, ce qui ne fait que mieux ressortir la nécessité pour le Conseil d'Etat de reconnaître l'autorité de chose jugée aux motifs essentiels de la décision du Conseil Constitutionnel, dont l'autorité se limite, en principe, au seul acte déféré.

Comme le remarque M. Waline :

« L'inconstitutionnalité de la proposition de loi n'est qu'une conséquence de la constitutionnalité du décret. C'est ce dernier qui est sur la sellette ; c'est son procès que l'on fait. Et la décision du Conseil Constitutionnel, si son dispositif ne fait pas mention du décret, affirme, en réalité, la conformité de ce décret à la Constitution et il le fait avec l'autorité de la chose jugée, car les motifs qui déclarent cette conformité sont le support nécessaire du dispositif et participent de ce fait, selon la règle de procédure bien connue, de l'autorité de la chose jugée qui s'attache au dispositif » (14).

b) Le second cas concerne des textes différents et parfaitement étrangers les uns des autres mais qui mettraient en cause des notions

---

(13) Travaux préparatoires de la Constitution, p. 76.

(14) Art. cité R.D.P. 1960.1012.

d'une importance telle que la moindre divergence d'interprétation entraînerait nécessairement des différences sensibles, voire des contrariétés de jurisprudence entre les décisions des Conseils. Il en serait par exemple ainsi, dans le cas où le concept de règles, de garanties fondamentales, de principes fondamentaux, donneraient lieu à des interprétations contradictoires.

L'uniformisation des jurisprudences des deux Conseils est la condition fondamentale de l'applicabilité d'une sanction juridictionnelle à la délimitation des domaines législatif et réglementaire. Elle ne peut se réaliser que si le Conseil d'Etat admet la suprématie du Conseil Constitutionnel, non seulement pour celles de ses décisions qui portent en fait sur l'appartenance de dispositions identiques à l'un des domaines de compétence, mais encore à l'égard de toutes celles qui, quoique se référant à des textes totalement différents, mettent en cause des principes d'interprétation dont le Conseil d'Etat peut être amené à faire application dans une matière identique ; au-delà du concept d'autorité de chose jugée, dont l'application par une juridiction constitutionnelle est nécessairement marquée par une certaine ambiguïté, en raison de l'inadéquation des notions de partie, de cause et d'objet au contentieux constitutionnel, c'est l'autorité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui s'impose au Conseil d'Etat comme seule susceptible d'éviter d'insolubles conflits de fond entre les deux hautes juridictions. Si les Conseils en venaient à formuler des solutions contradictoires dans ceux de leurs motifs qui sont le support nécessaire du dispositif, il serait souhaitable que le Conseil Constitutionnel ne réaffirme sa jurisprudence en la matière qu'après de très sérieux échanges de vues avec le Conseil d'Etat. Mais s'il décidait de confirmer sa position initiale, le Conseil d'Etat, dans l'intérêt de la cohérence jurisprudentielle, ne devrait pas lui faire échec une seconde fois. On ne peut en conséquence que faire sienne l'opinion émise par deux de ses membres qui écrivaient à ce propos :

« Il y a un dialogue possible entre les deux hautes juridictions. Si le « Conseil Constitutionnel est amené à confirmer son interprétation » (contraire à celle du Conseil d'Etat), on peut estimer que le Conseil « d'Etat s'inclinera » (15).

3° La suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel tend à modifier profondément l'ordre juridique lorsque la haute Instance

---

(15) Chronique, A.J.D.A., 1967.159. Cf. addendum ci-dessous.



se prononce directement sur le fond du droit, quand de la qualification juridique dépend la compétence. Celle-ci n'est en effet que la conséquence de celle-là chaque fois que le constituant ou le législateur a clairement indiqué que telle notion ou telle institution entrerait dans le domaine de la loi. Ainsi le caractère législatif des règles de création des catégories d'établissements publics conduit nécessairement le Conseil Constitutionnel à définir d'abord la notion d'établissement public et, de façon identique, s'agissant de la perception de certaines redevances, à définir la nature, jusque-là profondément controversée, de la taxe parafiscale. Il en est encore de même de l'acceptation du concept de juridiction.

Le Conseil Constitutionnel est donc amené dans chacune de ces hypothèses à se prononcer au fond dans des domaines qui relevaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, de la seule compétence du juge administratif, le Conseil d'Etat statuant souverainement et en dernier ressort. Les qualifications et définitions formulées par la haute Instance s'imposent-elles au Conseil d'Etat même lorsque celui-ci est saisi de recours parfaitement étrangers à la matière de la délimitation de la loi et du règlement ? La question est délicate. D'une part, les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent au Conseil d'Etat et, d'autre part, le respect que celui-ci porte à sa propre jurisprudence, lui permet difficilement de donner de concepts importants deux définitions différentes selon qu'il statue ou non sur la délimitation des domaines législatif et réglementaire. Il en résulte une nouvelle situation juridique caractérisée par le fait que la haute Juridiction administrative ne peut plus être considérée comme statuant souverainement lorsqu'elle se prononce sur la qualification ou la définition de notions dont le Conseil Constitutionnel peut également avoir à connaître comme juge de la délimitation des domaines de la loi et du règlement. Pour la première fois depuis 1872, la souveraineté d'appréciation du Conseil d'Etat subit une atteinte, très limitée il est vrai.

La pratique à cet égard reste cependant peu claire et des décisions significatives n'ont été, jusqu'à présent, rendues que dans deux matières : les impositions de toutes natures et la création de catégories d'établissements publics.

1° En ce qui concerne les impositions de toutes natures, la qualification juridique de la parafiscalité donnée par le Conseil Constitutionnel (16) a permis de dégager enfin les critères applicables à

---

(16) Décision n° 60-8 D.C. du 11 août 1960, précitée.

cette notion (17) et n'a donné lieu à aucune jurisprudence divergente de la part du Conseil d'Etat.

2° En revanche l'harmonie jurisprudentielle ne semble pas établie quant à la définition de la création de catégories d'établissements publics. Sans doute les deux Conseils ne sont pas entrés en conflit formel puisque, saisi d'un recours contre un décret qui avait opéré la transformation d'un établissement public en établissement public industriel et commercial (18), le Conseil d'Etat a estimé que ce texte ne portait pas atteinte aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires pour l'exercice des libertés publiques, en ce qu'il n'impliquait pas la perte par le personnel de cet établissement de la qualité de fonctionnaire et, surtout, s'est refusé à soulever d'office le moyen tiré de ce que seule la loi peut créer une catégorie d'établissements publics. Mais pour éviter de la sorte d'entrer en conflit ouvert avec le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'Etat a dû renoncer en l'espèce à sa jurisprudence traditionnelle qui refuse catégoriquement la qualité de fonctionnaire aux membres du personnel des établissements publics industriels et commerciaux, à l'exception du directeur général et du chef de la comptabilité, lorsque ce dernier a la qualité de comptable public (19).

Il y a donc un risque évident d'une dualité de jurisprudence du Conseil d'Etat qui développerait, parallèlement aux principes qui gouvernent sa jurisprudence traditionnelle, des règles qui y dérogeraient lorsque la délimitation de la loi et du règlement serait en cause.

§ 2. — *L'évolution jurisprudentielle : de l'admission du principe de la suprématie du Conseil Constitutionnel à sa remise en cause.*

A. — *L'admission du principe de la suprématie du Conseil Constitutionnel.*

Si les arrêts du Conseil d'Etat ne font jamais de références expresses aux décisions du Conseil Constitutionnel, les conclusions des Commissaires du Gouvernement s'y réfèrent généralement de façon très explicite et leur reconnaissent valeur de précédent s'impo-

---

(17) Cf. ci-dessous, titre II, chapitre premier, p. 245.

(18) C.E. 29 janvier 1965 Lherbier, A.J.D.A. 1965.103, concl. Rigaud.

(19) C.E. 26 janvier 1923, de Robert Lafregeyre, R.D.P. 1923.237, concl. Rivet et 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, D. 1957.378, concl. Mosset et note de Laubadère, J.C.P. 1957.II.9987, note Dufour. Sur le fond du conflit, titre III de la deuxième partie ci-dessous, p. 258.

sant au juge administratif. C'est ainsi que par l'arrêt Martial de Laboulaye (20), rendu sur conclusions conformes, le Conseil d'Etat a fait sienne l'interprétation que le Conseil Constitutionnel avait donnée de la notion de « principes fondamentaux » réservés à la compétence du législateur et ce, malgré les objurgations d'une grande partie de la doctrine qui se refusait à accepter la prise en considération du critère de l'état de droit antérieur dans la détermination de la compétence législative ou réglementaire. Cette soumission à la suprématie du Conseil Constitutionnel, qui caractérisa initialement la jurisprudence du Conseil d'Etat, fut ultérieurement remise en question.

B. — Les résistances du Conseil d'Etat à la suprématie du Conseil Constitutionnel.

Si l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel a été le plus souvent acceptée par le Conseil d'Etat, la haute Juridiction a adopté des attitudes différentes à l'égard du principe même de la suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel. Les tentatives de limitation puis de négation de ce principe se sont développées en trois temps. La première phase, marquée par l'arrêt Karle, n'est guère significative dans la mesure où le Conseil n'a pas répondu à la partie des conclusions du Commissaire du Gouvernement qui l'invitait à ne pas se sentir lié par les principes essentiels dégagés par le Conseil Constitutionnel. Dans un second temps, les conclusions développées sur l'arrêt Lherbier affirment la règle de l'égale autorité des décisions des deux Conseils, tout en recommandant à la haute Juridiction administrative d'éviter de contredire la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Enfin, dans ses arrêts Confédération générale des vignerons du midi et Conseil national de l'ordre des pharmaciens, le Conseil d'Etat a pris des positions diamétralement opposées à celles du Conseil Constitutionnel, et suivi ses Commissaires dans leur affirmation de l'indépendance absolue du Conseil d'Etat par rapport au Conseil Constitutionnel.

1° Les conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier sous l'arrêt Karle (21).

La première décision rendue par la haute Juridiction administrative en ce qui concerne les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales a fourni l'occasion à son Commissaire du Gouvernement,

---

(20) C.E. 28 octobre 1960, A.J.D.A. 1961.20, concl. Heumann.

(21) C.E. 18 mai 1960, p. 333.

M. Fournier, d'indiquer quelles sont, selon lui, les limites de l'autorité de la chose jugée par le Conseil Constitutionnel à l'égard du Conseil d'Etat. La décision rendue par celui-ci intervenait en effet peu après que le Conseil Constitutionnel ait, lui-même, fourni une première interprétation de ce principe fondamental (22). Chargé de préciser le contenu des dispositions énoncées par l'article 34 de la Constitution, dispositions qui ne fixent que des règles de compétence et non de fond, le Conseil Constitutionnel indique d'abord ce que contient en l'espèce le principe fondamental en cause :

« La libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions. »

mais fait suivre aussitôt cette énumération d'une interprétation restrictive capitale, aux termes de laquelle lesdits principes

« doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers. »

Le raisonnement du Conseil Constitutionnel procède ainsi d'une double démarche : recherche empirique de ce que contiennent les principes fondamentaux, et appréciation de leur caractère, eu égard non à leur valeur intrinsèque, mais en fonction des « limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure ».

Ce considérant, qui pose le principe de la combinaison du critère du contenu des principes fondamentaux avec celui de l'état de droit antérieur, est sans aucun doute le soutien nécessaire et constitue le fondement même du dispositif de la décision. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à la fin du raisonnement du Conseil :

« Considérant que... les pouvoirs publics ont pu ainsi, sans mettre en cause l'existence des principes susrappelés, limiter le champ de la libre expression des bailleurs et des preneurs...

« Qu'il suit de là que ces dispositions ont un caractère réglementaire... »

---

(22) C.C. 27 novembre 1959, p. 71, D. 1960.533, note Hamon R.D.P. 1960.1011, note Waline, S. 1960.247, note Rousset et D.S. 1961.41, note Teitgen.



Dans ses conclusions sur l'arrêt Karle, M. Fournier invite le Conseil d'Etat à rejeter les deux critères d'appréciation de la notion de « principes fondamentaux » dégagés par le Conseil Constitutionnel.

« D'une part, cette conception qui apparaît, notons-le dans une seule « décision, elle-même rendue dans un cas très particulier, nous paraît « restreindre, d'une façon vraiment trop considérable le domaine de la « loi. Exiger des principes fondamentaux qu'ils couvrent l'ensemble d'une « matière, c'est en diminuer singulièrement le nombre. Les interpréter, « compte tenu des atteintes qu'ils ont déjà subies, c'est en restreindre « singulièrement la portée... » (23).

Et il proposait de substituer à cette interprétation une distinction fondée sur le critère de distinction : principes fondamentaux — règles secondaires (24).

L'opposition essentielle était centrée sur le refus du Commissaire du Gouvernement d'admettre le critère de l'état de droit antérieur comme déterminant de la notion de principes fondamentaux. Si la solution qu'il proposait était retenue, il y aurait désormais deux notions de principes fondamentaux, partant deux définitions du domaine de la loi, l'une selon le Conseil Constitutionnel et l'autre selon le Conseil d'Etat. L'invraisemblance d'une telle situation est manifeste. Mais, de surcroît, accepter qu'il y ait deux sanctions distinctes à la délimitation des domaines législatif et réglementaire, c'est consentir à ce qu'aucune d'entre elles ne soit effective, ce qui équivalait à enlever au contrôle de cette délimitation toute efficacité.

Notons qu'en l'espèce le Conseil d'Etat s'est montré prudent et n'a pas répondu expressément à la partie des conclusions (25), l'invitant à rejeter les critères dégagés par le Conseil Constitutionnel. Il s'est simplement borné à constater s'agissant de la détermination des formes selon lesquelles les nantissements et les subrogations consentis sur les marchés publics par les titulaires de ces marchés, seront portés à la connaissance du comptable chargé du paiement,

---

(23) Le Commissaire du Gouvernement donne en l'occurrence de la décision du Conseil Constitutionnel une interprétation qui n'est pas exactement conforme à la lettre de celle-ci.

(24) Ce qui était au fond, quoiqu'en pense M. Fournier, assez conforme à ce qu'avait fait le Conseil Constitutionnel en énonçant le contenu même des principes fondamentaux et en rejetant le reste dans la catégorie des règles secondaires.

(25) La Haute Assemblée a, il est vrai, refusé de tenir compte de l'état de droit antérieur mais celui-ci se trouvait être, en l'occurrence, un facteur d'extension de la compétence législative.

« qu'un tel objet ne saurait être regardé comme touchant aux principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels... »

En se référant au critère tiré de l'objet des dispositions en cause, le Juge administratif a implicitement admis que la notion de principes fondamentaux se définissait par son contenu : un texte a le caractère législatif lorsque l'objet sur lequel il porte fait partie du contenu des principes fondamentaux auxquels il se rapporte.

Quelles que soient les interprétations que les conclusions aient suggérées (26), les deux décisions sont finalement convergentes et l'arrêt Karle ne contredit nullement l'autorité de la chose jugée par le Conseil Constitutionnel. Au contraire, ce dernier devait voir son critère de l'état de droit antérieur, expressément appliqué par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Martial de Laboulaye (27), rendu peu après la décision Karle :

« Considérant que si la question litigieuse a trait au régime de la propriété, des droits réels..., les garanties et principes fondamentaux qui sont en cause doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures qui ont été prises, en matière de viticulture, depuis l'intervention de la loi du 4 juillet 1931, par un certain nombre de textes qui ont été, en partie, codifiés par le décret du 1<sup>er</sup> décembre 1936 et les décrets qui l'ont modifié ou complété... »

Incontesté au début, le principe de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil Constitutionnel allait cependant être ultérieurement remis en cause.

## 2) Les conclusions de M. Rigaud sur l'arrêt Lherbier :

La négation de l'autorité de la chose jugée par le Conseil Constitutionnel envisagée comme « une solution d'une extrême audace ».

Bien que la décision se soit prudemment abstenue de contester la suprématie du Conseil Constitutionnel en renonçant à soulever d'office le moyen tiré du caractère législatif de la création de catégories d'établissements publics, ces conclusions sont intéressantes en ce qu'elles situent la place qu'occupent les décisions du Conseil Constitutionnel dans la hiérarchie des sources de droit qui déterminent la décision du Conseil d'Etat. Elles sont également significatives des scrupules qu'éprouve le Commissaire du Gouvernement à entraî-

---

(26) Cf. notamment M<sup>me</sup> Batailler, op. cit., pp. 495 et ss.

(27) A.J.D.A. 1961.20, concl. Heumann.

ner la haute Assemblée dans un conflit de fond avec le Conseil Constitutionnel, le silence de la décision étant, à cet égard, très révélateur.

a) Dans les conclusions, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel est citée en tête des précédents de nature à déterminer la décision du Conseil d'Etat, mais elle est loin d'en être la seule source puisqu'elle se combine avec les propres arrêts du Conseil d'Etat et les textes législatifs et réglementaires :

« Pour déterminer le sens précis qu'il convient de donner à ces trois termes (28), nous disposons à la fois de quelques décisions du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, et des précédents que constituent les nombreux textes législatifs et réglementaires qui, depuis 1958, ont créé ou transformé des établissements publics. »

La suprématie des décisions du Conseil Constitutionnel est ainsi sérieusement limitée par l'attribution de la valeur de précédent aux décisions du Conseil d'Etat et aux textes.

Dès lors il s'agit de savoir si l'autorité concurrente reconnue à ceux-ci est susceptible d'écarter les précédents dégagés par le Conseil Constitutionnel, de se voir conférer une valeur supérieure à ceux-ci.

b) Cependant un conflit de fond avec le Conseil Constitutionnel n'est envisagé qu'avec une extrême répugnance :

« L'autre solution possible, précise M. Rigaud, est sans doute d'une extrême audace en ce qu'elle diverge de la « jurisprudence » du Conseil Constitutionnel. Nous ne pouvons cependant nous retenir de vous l'indiquer néanmoins. »

Et d'ajouter que cette solution ne serait qu'« une voie subsidiaire » pour le cas où la haute Assemblée estimerait devoir écarter les règles de la « proposition principale » qui tend à ne bouleverser aucune des règles de jurisprudence du Conseil Constitutionnel comme du Conseil d'Etat.

Ainsi, tout en estimant que l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil Constitutionnel ne peut s'appliquer aux décisions rendues par le Conseil d'Etat sur des actes différents, et partant que la supré-

---

(28) Règles de création de catégories d'établissements publics.

matie du Conseil Constitutionnel peut être éventuellement mise en échec par la jurisprudence du Conseil d'Etat et par la pratique législative, les conclusions soulignent néanmoins le caractère très fâcheux d'un conflit de fond entre les décisions des deux Conseils, conflit qu'il importe d'éviter en maintenant une concordance, au moins formelle, entre leur jurisprudence. Elles marquent donc un net repli par rapport à la thèse antérieurement soutenue par M. Fournier (29) et que reprendront et aggraveront ultérieurement MM. Galmot (30) et Baudouin (31).

3) Les arrêts Confédération générale des vignerons du Midi et Conseil national de l'Ordre des pharmaciens.

La fixation des règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables allait fournir matière à la seule divergence majeure de jurisprudence qui ait surgi jusqu'à présent entre les deux Conseils, amenant le Conseil d'Etat à dénier toute autorité à son égard aux décisions du Conseil Constitutionnel.

a) Dans sa décision d'Assemblée, Confédération générale des vignerons du Midi (32), le Conseil d'Etat a expressément refusé de faire application de la motivation fondamentale retenue par le Conseil Constitutionnel dans deux décisions des 17 mars 1964 et 2 juillet 1965 (33). Dans cette dernière décision, la haute Instance avait posé très nettement le principe selon lequel les dispositions qui définissent une infraction et celles qui la répriment sont formellement distinctes et n'entrent donc pas nécessairement dans le même domaine de compétence. S'agissant de l'obligation faite à certaines sociétés de publier divers documents pour l'information de leurs actionnaires et des tiers, la haute Instance se fondait sur la motivation de principe suivante :

« Considérant que le fait que des peines correctionnelles — qui ne peuvent réprimer que des infractions qualifiées par la loi ou l'inobservation de règlements également précisés par la loi — prévues à l'article 7 de l'ordonnance susvisée du 4 février 1959 sanctionneraient éventuellement la méconnaissance des règles édictées par les articles 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 4 de ladite ordonnance, n'est pas de nature à modifier le caractère de ces dispositions qui ne mettent en cause aucune des règles, ni aucun des

---

(29) C.E. 18 mai 1960, p. 333.

(30) C.E. 3 février 1967, A.J.D.A., 1967.165.

(31) C.E. 12 décembre 1970, A.J.D.A., 1970.102.

(32) Rec., p. 55, A.J.D.A. 1967.165, concl. Galmot.

(33) C.C. 17 mars 1964, Rec. p. 35 et 2 juillet 1965, Rec. p. 79, D. 1967.445.



« principes fondamentaux que l'article 34 a placés dans le domaine de la loi. »

Pour dégager la solution opposée, le Conseil d'Etat recourait à une motivation si parfaitement antithétique qu'il semble presque impossible de ne pas la reproduire :

« Considérant que, si l'interdiction du coupage des vins relève par sa nature du domaine réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution, la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1930, en assortissant la méconnaissance de cette interdiction de peines notamment correctionnelles a créé une infraction à laquelle elle a conféré le caractère d'un délit ; que l'article 34 a réservé à la loi la détermination des crimes et des délits ; que dès lors l'interdiction du coupage ne pouvait résulter que d'une loi. »

Pour dénier l'autorité de chose jugée aux deux décisions rendues précédemment en la matière par le Conseil Constitutionnel, le Commissaire du Gouvernement rappelait tout simplement que celles-ci concernaient des textes différents de celui soumis au Conseil d'Etat. Le refus d'étendre l'autorité de chose jugée aux motifs qui constituent le fondement même du dispositif de la décision restait implicite. Il allait être ultérieurement développé par le Commissaire du Gouvernement Baudouin dans ses conclusions sur l'arrêt Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens (34).

b) L'arrêt Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens confirme la solution dégagée par la décision Confédération générale des vignerons du Midi, aux termes d'une motivation quasiment identique.

Son intérêt essentiel réside dans les conclusions sur lesquelles il a été rendu et qui ont, pour la première fois, analysé avec précision les effets de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur celle du Conseil d'Etat.

Les deux thèses en présence, soutenues respectivement par le Gouvernement et le Conseil d'Etat reposent, l'une sur le pouvoir normatif du Conseil Constitutionnel qui lui permettrait de créer, selon les termes du Premier Ministre (35), « une règle de droit objective qui

---

(34) Conclusions reproduites à l'A.J.D.A. 1970.105.

(35) Celui-ci soulignait que, quelques jours après l'arrêt Confédération générale des vignerons du midi, le C.C. avait réaffirmé sa fidélité à sa jurisprudence traditionnelle dans une décision du 27 février 1967 (p. 26).

conformément à l'article 62 de la Constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », l'autre sur la théorie de la séparation des pouvoirs et l'obscurité de l'article 62 de la Constitution.

Le raisonnement de M. Baudouin s'ordonne autour de deux grandes idées. D'une part il affirme que, contrairement aux allégations du Premier Ministre, le Conseil Constitutionnel ne peut être qu'une juridiction et que, le livre VI de l'« Esprit des lois » de Montesquieu, ainsi que « la classification ternaire traditionnelle » des pouvoirs adoptés par les constitutions successives de la France aidant, ses décisions n'acquiescent par conséquent que les seuls effets qui s'attachent en droit public à la chose expressément jugée. D'autre part, il invoque le caractère insuffisamment explicite des prescriptions finales de l'article 62 de la Constitution pour en déduire que les constituants n'ont en aucun cas entendu, par cette disposition, permettre le retour aux abus de pouvoir, jadis commis par les Parlements d'ancien régime sous la forme des arrêts de règlement.

Une telle argumentation manque de pertinence. Le Conseil Constitutionnel lui-même a affirmé le caractère juridictionnel de toutes ses décisions, à la seule exclusion de celles qui n'ont qu'une valeur consultative (36). Et les prescriptions constitutionnelles aux termes desquelles les décisions de la haute Instance « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » signifient nécessairement que les règles à portée générale dégagées par le Conseil Constitutionnel dans toutes les matières où l'unité des jurisprudences est un impératif essentiel, s'imposent au Conseil d'Etat statuant au contentieux, donc comme autorité juridictionnelle. On ne voit pas en quoi la théorie de la séparation des pouvoirs, telle qu'elle résulte de l'œuvre de Montesquieu et des constitutions françaises successives, aurait à souffrir de l'existence de la suprématie d'une juridiction sur une autre. Refuser au Conseil Constitutionnel cette suprématie que la Constitution lui reconnaît expressément, c'est rendre sa création sans objet et ouvrir une période d'incertitude et de confusion dans notre droit constitutionnel, avec le risque de frapper les pouvoirs publics de paralysie. Il ne peut y avoir qu'une seule délimitation objective de la loi et du règlement, les règles de compétence que l'article 34 laissait à la jurisprudence le soin de formuler entièrement ne sauraient, à peine de troubles sérieux, être conflictuelles. Comme l'ont noté deux membres du Conseil d'Etat :

---

(36) Décision précitée du 3 avril 1962, p. 63.

« Le minimum de sûreté, ou, du moins, de prévisibilité que la juridiction administrative permet au citoyen de connaître devant les actions de l'administration, ne pourrait sans dommage être durablement refusé à celle-ci » (37).

Il est, en effet, évident que rien n'empêche le Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité, prévue par l'article 41, à une proposition de loi statuant sur une matière qu'un arrêt du Conseil d'Etat a déclaré de nature législative, et d'obtenir du Conseil Constitutionnel une déclaration du caractère réglementaire de ladite proposition. A la limite il ne serait même plus possible de statuer sur cette matière, que ce soit par voie réglementaire ou législative.

Pour sortir de cette impasse, il n'y a d'autre solution pour le Conseil d'Etat que d'accepter l'extension de la chose jugée, non seulement aux dispositifs des décisions qui n'ont théoriquement de valeur qu'à l'égard du texte en cause, mais aussi à ceux des motifs qui, tout en se rattachant à ce dispositif, le dépassent pour acquérir la portée des règles générales. Il doit en être ainsi quelle que soit la supériorité que l'on peut reconnaître par ailleurs au fond de la décision rendue par le Conseil d'Etat. Telle est la condition de la mise en œuvre de la suprématie fonctionnelle du Conseil Constitutionnel. Car, comme l'a très justement souligné M. Weil (38) :

« Si l'on n'accorde la force de chose jugée qu'au dispositif, c'est que l'on ne voit dans l'acte juridictionnel qu'un acte de volonté ; si on ne l'accorde qu'aux motifs c'est que l'on n'y voit qu'un acte d'intelligence. En accordant la force de chose jugée à la fois aux dispositifs et à certains motifs, la jurisprudence montre qu'à ses yeux l'acte juridictionnel est à la fois un acte d'intelligence et un acte de volonté. Elle confirme ainsi l'analyse de M. Jèze, lequel analyse l'acte juridictionnel en une « constatation » — acte d'intelligence — suivie d'une « décision », acte de volonté. » (Jèze, R.D.P. 1909, 667 et s.)

## SECTION II

### L'IRREVOCABILITE DE LA DECISION ET LES VOIES DE RECOURS

Le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel sont juges souverains. Aucune autorité n'a qualité pour modifier ou réformer leurs

---

(37) Chroniques de MM. Lecat et Massot, A.J.D.A. 1967.159.

(38) Note précitée sous C.E. 29 décembre 1949, Société anonyme des automobiles Berliet, D. 1950.384. Cf. également l'addendum ci-dessous.

décisions contentieuses. Toutefois le Conseil d'Etat peut être saisi de demandes de rétractation (39) émanant de justiciables. Si les requérants n'ont pas produit dans l'instance, ils disposent de l'opposition ou de la tierce-opposition selon qu'ils ont été ou non mis en cause. Dans l'hypothèse contraire, les recours en rectification d'erreur matérielle ou en révision s'offrent à eux.

Devant le Conseil Constitutionnel l'opposition et la tierce-opposition ne peuvent être présentées en matière de contrôle de constitutionnalité du fait de l'absence de parties, et sont rendues inconcevables dans le contentieux électoral par la minutie avec laquelle les textes ont organisé la mise en cause des parties susceptibles d'être éventuellement concernées par l'instance engagée.

Ne peut-il en être autrement s'agissant des recours en révision ou en rectification d'erreur matérielle ? La question se pose en termes différents selon que la décision en cause porte sur le contrôle de constitutionnalité ou sur le contentieux électoral.

### § 1. — *Impossibilité de recours contre les décisions rendues sur contrôle de constitutionnalité*

Cette impossibilité résulte d'abord de l'absence de parties, mais elle tient également à la nature même de ce contrôle qui, portant uniquement sur la conformité d'un acte à un autre acte, exclut, par définition, tant l'erreur matérielle à laquelle correspond le recours en rectification d'erreur matérielle (40), que les irrégularités touchant aux pièces du dossier ou à la procédure, auxquelles s'attachent le recours en révision (41).

### § 2. — *L'extension de l'inexistence de voies de recours en contentieux électoral*

En revanche l'ouverture d'un tel recours est concevable en matière de contentieux électoral. Le recours en rectification d'erreur matérielle semble même particulièrement adaptée à cet ensemble complexe d'opérations matérielles que constitue l'élection. En vertu du principe constitutionnel selon lequel l'organe vérificateur statue souverainement et en dernier ressort (article 8 de la Constitution de

---

(39) Sur les demandes de rétraction, cf. Odent, op. cit., pp. 823 et ss. (éd. 1965-66).

(40) Sur ce recours, cf. Borella, R.D.P. 1962.463.

(41) Cf. Odent, op. cit., pp. 832 et ss. (éd. 1965-66).



1946, articles 59 et 62 de la Constitution de 1958), celui-ci a toujours refusé de connaître de ce recours au fond. Le Conseil Constitutionnel est resté fidèle à cette jurisprudence qui a pour conséquence de couvrir tous les vices dont l'élection est entachée, et a même étendu son refus à une rectification d'erreur matérielle.

A. — La décision rendue par le Conseil Constitutionnel couvre tous les vices dont l'élection est entachée.

Les Assemblées parlementaires françaises ont de tout temps estimé que la décision une fois adoptée rend définitive la collation du mandat parlementaire (42). Les textes imposent désormais au Conseil Constitutionnel le respect de cette règle (43).

La découverte d'une cause d'inéligibilité antérieure ou concomitante à l'élection est sanctionnée, non par l'invalidation, mais par la déchéance (44).

Le Conseil a même appliqué cette inexistence de recours au cas de demande en rectification d'erreur matérielle.

B. — La décision rendue ne peut être modifiée, même en cas d'erreur matérielle.

En repoussant un recours en rectification d'erreur matérielle, le Conseil Constitutionnel a adopté une solution conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'élections locales, tout en la fondant sur une motivation complètement différente. Alors que le refus de la haute Juridiction administrative se fonde sur l'impossibilité de modifier la décision rendue, la haute Instance motive son incompétence par le recours à l'article 62 de la Constitution qui

« doit être interprété comme excluant toute voie de recours contre les « décisions du Conseil Constitutionnel, notamment en matière électorale, « tant devant le Conseil lui-même que devant toute autre juridiction » (45).

(42) J.-P. Charnay indique que la seule exception fut une invalidation décidée par l'Assemblée Consultative d'Alger (Désignation Sarda, 17 juill. 1944), mais le caractère consultatif de cette Assemblée ôte à ce précédent valeur de décision rendue par une Assemblée parlementaire, c'est-à-dire investie du pouvoir législatif.

(43) Articles 33 et 45 de l'ordonnance précitée sur le C.C., article 8 de l'ordonnance du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, article 20 du règlement du Conseil.

(44) Cf. notamment C.E. 11 mai 1959, Miret, S. 1959.146, concl. Bernard et D. 1959.397, note Drago.

(45) Ass. Nat. 5 mai 1959, Lozère, 2<sup>e</sup> circ., Rec. C.C., p. 223.

## CONCLUSION TITRE II

L'examen des critères matériels confirme et renforce le caractère juridictionnel des fonctions du Conseil Constitutionnel statuant en matière de contrôle de constitutionnalité et de contentieux électoral et de référendum. La reconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée aux décisions du Conseil Constitutionnel constitue le critère décisif à cet égard, même si les conditions pratiques de mise en œuvre de cette autorité sont loin d'être claires.

C'est donc, en dernière analyse, la nature du contrôle qui constitue le fondement ultime de la distinction des fonctions des deux Conseils. Cette distinction recoupe une division hiérarchique du contentieux, qui attribue au Conseil Constitutionnel le contrôle des actes les plus élevés (ayant valeur législative ou supra-législative) et des élections les plus importantes politiquement (parlementaires et présidentielles), alors que le Conseil d'Etat ne connaît que d'actes hiérarchiquement moins élevés (à caractère administratif) et d'élections de moindre importance (locales).



## CONCLUSIONS GENERALES DE LA PREMIERE PARTIE

Dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel apparaissent comme remplissant des fonctions complémentaires, mais, nullement contradictoires. A cet égard l'institution d'un juge constitutionnel a permis de combler partiellement cette grave lacune du système constitutionnel français que représente la carence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. D'autre part le transfert du contentieux des élections parlementaires, des assemblées au Conseil Constitutionnel a permis la substitution du droit à l'opportunité politique, comme fondement des décisions et la soumission au contrôle juridictionnel de la plupart des actes préalables aux opérations électorales.

L'incohérence due à l'adoption par les assemblées de solutions diamétralement opposées, parfois au cours de la même séance, comme en 1951, a donc disparu. De même a pris fin l'arbitraire né de l'inexistence d'un contrôle sur les actes préalables aux élections.

Ces progrès accomplis dans l'ordre juridique grâce à l'institution d'une juridiction constitutionnelle, n'ont pourtant guère contribué au prestige du Conseil Constitutionnel qui a longtemps fait l'objet des plus vives critiques, tant de l'opinion publique que de la majeure partie de la doctrine. Les décisions d'incompétence de la haute Instance ont fourni une cible facile à ses détracteurs. Mais comme le Conseil Constitutionnel l'a très bien rappelé dans sa décision rendue sur une demande du Président de l'Assemblée nationale,

« ... La Constitution a strictement délimité la compétence du Conseil « Constitutionnel... Celui-ci ne saurait être appelé à statuer ou à émettre « un avis que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a fixés » (1).

---

(1) Décision du 14 septembre 1961, Rec. p. 55.



La haute Instance rappelle ainsi, de la façon la plus judicieuse, qu'elle n'aurait pu élargir le champ de ses compétences que par une interprétation *contra legem*, qui eût été rien moins que légitime.

Une simple modification de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel permettant à celui-ci de connaître du contentieux de la réparation pécuniaire en matière d'élections législatives et de litiges intéressant le déroulement de la campagne organisée en vue du référendum, mettrait un terme aux critiques susceptibles d'être adressées à la haute Instance statuant comme juge de l'élection et du référendum.

Enfin lorsque les compétences des Conseils s'exercent concurremment, sinon sur les mêmes actes, du moins sur des matières identiques, ceux-ci ont à élaborer une politique jurisprudentielle commune que commande la cohésion même du droit. Car si la Constitution a conféré aux décisions du Conseil Constitutionnel l'autorité absolue de chose jugée, cette notion ne peut être aisément transposée à un organe devant lequel les concepts traditionnels de partie, de cause et d'objet sont inapplicables. L'interprétation classique de la notion sont inapplicables. L'interprétation classique de la notion d'autorité de chose jugée n'est pas adaptée à la nature et à la fonction de la juridiction constitutionnelle. Il faut donc considérer que l'autorité des décisions de la haute Instance a une signification et une portée propres. Cette autorité consisterait dans le dernier mot que devrait garder le Conseil Constitutionnel et en vertu duquel le Conseil d'Etat, après avoir exprimé une fois son désaccord avec la jurisprudence de la haute Instance, ne devrait pas lui faire échec une seconde fois. Certes aucune procédure ne peut contraindre le Conseil d'Etat à s'incliner devant la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. C'est que, comme l'a souligné M. Duguit :

« Il arrive toujours un moment où le droit constitutionnel n'a d'autre sanction que la probité des hommes qui l'appliquent » (R.D.P. 1896, 426).

## DEUXIÈME PARTIE

# CONVERGENCES ET CONCURRENCES DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DES CONSEILS

*Le caractère juridictionnel des fonctions du Conseil Constitutionnel étant établi, il importe de délimiter les compétences de cette haute Instance par rapport à celles du Conseil d'Etat. Considérées les unes par rapport aux autres, les compétences des Conseils peuvent être soit exclusives, soit concurrentes, soit convergentes. Leurs compétences se concurrencent lorsque le contentieux d'actes se rattachant à une même opération, est divisé entre eux. Il y a, en l'occurrence, risque de conflit de compétences. En revanche les compétences des Conseils convergent lorsque ceux-ci sont amenés à contrôler par référence à des normes ayant même valeur hiérarchique, la validité d'actes hiérarchiquement inégaux. Dans cette dernière hypothèse, les deux Conseils exercent en commun les mêmes fonctions juridictionnelles, ce qui aboutit à une dualité de jurisprudences et, par là même, à des risques de conflit portant sur les sources du droit applicable comme sur le fond même du droit.*

*Cette deuxième partie comprendra donc trois titres :*

**TITRE I.** — La détermination des compétences concurrentes et convergentes des Conseils et les risques de conflit.

**TITRE II.** — Les convergences des fonctions juridictionnelles des conseils et la théorie des sources du droit.

**TITRE III.** — La dualité jurisprudentielle née des convergences des fonctions juridictionnelles des Conseils.



## TITRE I

### LA DETERMINATION DES COMPETENCES CONCURRENTES ET CONVERGENTES DES CONSEILS ET LES RISQUES DE CONFLIT

On sait que le Conseil Constitutionnel exerce trois grands chefs de compétence : le contrôle de constitutionnalité des lois au fond, le contrôle de la répartition des compétences normatives entre les pouvoirs publics et le contentieux des opérations électorales et référendaires. Après avoir brièvement recensé les compétences de la haute Instance qui excluent celles du Conseil d'Etat, il sera procédé à l'analyse des cas de concurrence et de convergence des compétences des Conseils. Ces compétences se concurrencent lorsque le contentieux d'actes se rattachant à une opération complexe (1) est divisé entre les deux Conseils. Il s'agit, en l'occurrence de déterminer leurs compétences respectives relativement à chacun des actes se rattachant à l'opération complexe en cause et de rechercher si cette répartition des compétences est harmonieuse ou conflictuelle. Enfin s'agissant des cas de convergence des compétences des Conseils, il y a lieu de préciser les hypothèses dans lesquelles les deux juridictions sont susceptibles de s'opposer au fond.

Ce titre comprendra deux chapitres :

*CHAPITRE I.* — Les compétences exclusives en matière de contrôle de constitutionnalité au fond.

*CHAPITRE II.* — Les risques de conflit découlant des compétences concurrentes et convergentes des Conseils.

---

(1) L'opération complexe a été définie par le Doyen Hauriou : « les actes qui font partie d'une même opération administrative ne sont pas pour cela incorporés les uns aux autres; chacun d'eux, conserve son individualité et sa validité doit être envisagée à part » (note sous six arrêts, S. 1906. III.49).





## CHAPITRE I

### LES COMPETENCES EXCLUSIVES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE AU FOND

Le Conseil Constitutionnel s'est vu conférer une compétence exclusive pour contrôler au fond la constitutionnalité des actes à caractère législatif (2) (lois (3), lois organiques, règlements des Assemblées parlementaires) et des engagements internationaux (4).

#### SECTION I

##### LE CONTROLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LES ACTES A CARACTERE LEGISLATIF EST EXCLUSIF DE CELUI DU CONSEIL D'ETAT

Dès avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le juge administratif avait écarté tout contrôle de constitutionnalité de la loi, tant sous forme d'action que d'exception. Sa jurisprudence a été formulée avec une particulière netteté dans la décision Arrighi :

« Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est « pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (5).

Le Conseil d'Etat étendait même son refus au contrôle de l'existence des lois, sauf lorsque celles-ci n'émanaient pas du législateur

---

(2) Article 61, alinéas 1 et 2.

(3) Par « lois » on entendra ici les lois adoptées par le Parlement conformément à la procédure ordinaire, à l'exclusion des actes qui ont pu se voir exceptionnellement reconnaître la valeur de « lois » bien qu'émanant de titulaires du pouvoir exécutif (actes dits lois du Gouvernement de Vichy, ordonnances du Comité français de libération Nationale, par exemple).

(4) Article 54.

(5) C.E. 6 novembre 1936, S. 1937.3.33, concl. Latournerie, note Mestre — D. 1938.3.1, concl. Latournerie, note Eisenmann. — R.D.P. 1936.671, concl. Latournerie.

ordinaire (6). Avec les Constitutions de 1946 et 1958 cette solution s'impose avec davantage de force encore (7). Toutefois ce refus de tout contrôle direct (par voie d'action ou d'exception) n'exclut pas *a priori* certaines formes de contrôle indirect pouvant faire échec à la compétence exclusive du Conseil Constitutionnel. Deux hypothèses doivent être distinguées.

§ 1. — *Première hypothèse : La violation de la Constitution invoquée comme moyen d'un recours à l'encontre d'une mesure administrative légalement prise*

Dans ce cas, le Conseil d'Etat serait saisi d'un moyen tiré de la violation de la Constitution, présenté à l'appui d'un recours dirigé contre une décision administrative ou contre une mesure administrative prise pour l'exécution d'une loi, et légale eu égard aux dispositions de cette loi. S'il avait admis la recevabilité d'un tel moyen, le Conseil d'Etat aurait pu être conduit à écarter l'application de la loi jugée inconstitutionnelle. Et si cette loi avait préalablement fait l'objet, antérieurement à sa promulgation, d'un recours devant le Conseil Constitutionnel et que ce dernier avait jugé qu'elle était conforme à la Constitution, le Conseil d'Etat aurait ouvert un conflit de fond avec le Conseil Constitutionnel.

En réalité cette hypothèse est écartée par une jurisprudence constante de la haute Juridiction administrative qui, avant comme après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, s'est toujours refusée à connaître de tout moyen dont l'examen l'entraînerait à apprécier la constitutionnalité de la loi (8).

(6) Lorsque le Parlement se trouve dessaisi du pouvoir législatif au profit de l'Exécutif, le Conseil d'Etat accepte de contrôler l'existence de l'acte, tout en se refusant à en apprécier la validité. Mais, comme le remarque M. Braibant dans ses conclusions sous F.N.O.S.S. et Fradin (C.E. 1<sup>er</sup> juillet 1960, D. 1960.690), la fixation des frontières entre les notions d'existence et de validité n'est pas aisée. Il paraît même plus exact de dire avec M. Eisenmann (note précitée sous Arrighi) que cette distinction « n'est au fond qu'une tentative pour échapper à certaines conséquences de la négation du contrôle de constitutionnalité ».

(7) M. Mignon rappelle très justement que les constituants de 1946 ont exclu tout contrôle de cette nature, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires, et n'ont finalement institué qu'un Comité constitutionnel chargé de dire, sur saisine conjointe du Président de la République et du Président du Conseil de la République, si les lois adoptées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution (« Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », D. 1952, Chr. p. 45).

La jurisprudence du Conseil d'Etat à cet égard est très nette : cf. notamment 4 février 1949, Chambre syndicale des agents généraux d'Assurances de la Martinique, Rec. p. 49 et 18 avril 1951, Elections de Nolay, Rec. p. 189.

(8) C.E. 14 nov. 1952, Delle Hursul et autres, Rec. p. 513.

§ 2. — *Deuxième hypothèse : l'examen par le Conseil Constitutionnel d'un texte de loi adopté, validant des dispositions réglementaires annulées pour inconstitutionnalité au fond par le Conseil d'Etat*

Dans cette situation, le Conseil Constitutionnel serait saisi d'une demande en déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte de loi contenant des dispositions reprenant purement et simplement celles énoncées par un règlement pris au titre du pouvoir autonome (9) et que le Conseil d'Etat a annulées pour inconstitutionnalité au fond (10).

Une telle hypothèse, qui ne s'est jamais produite encore, n'est pas impossible, mais ne conduirait pas à un véritable conflit de fond entre les deux Conseils. Si le Conseil Constitutionnel jugeait constitutionnelles les dispositions que le Conseil d'Etat a estimées inconstitutionnelles, celui-là aurait le dernier mot sur celui-ci, non seulement en vertu de l'autorité absolue de chose jugée (article 62 alinéa 2 de la Constitution), mais encore parce que le caractère législatif des dispositions en cause exclurait tout contrôle du Conseil d'Etat postérieurement à celui du Conseil Constitutionnel.

Tout risque de conflit de jurisprudence entre les deux Conseils en matière de contrôle de constitutionnalité au fond des actes législatifs, se trouve donc écarté.

## SECTION II

### LE CONTROLE DE L'ENGAGEMENT INTERNATIONAL EXCLUT TOUT CONFLIT ENTRE LES CONSEILS

L'appréciation de la constitutionnalité d'un engagement international ne peut donner lieu au moindre conflit entre les deux Conseils. Il en est ainsi, d'une part parce que le Conseil Constitu-

---

10 juill. 1954, Fédération des Conseils de Parents d'élèves des écoles publiques, Rec. p. 449, D. 1955.330, concl. Jacomet.

15 février 1961, Leseur, Rec. p. 115.

12 juin 1963, Union nationale des équearisseurs de France, Rec. p. 354.

8 mai 1964, Sté La verrerie cristallerie d'Arques, J.C.P. 1964.II.13733, note Hémard.

(9) Il est évident que s'il s'agissait d'un règlement subordonné, pris pour l'exécution d'une loi, on retomberait dans l'hypothèse précédente.

(10) L'annulation ne peut intervenir qu'antérieurement à la validation législative, laquelle a pour effet de mettre fin au caractère réglementaire de l'acte. Le Conseil d'Etat a jugé qu'une validation, même implicite, emporte cette conséquence (15 juillet 1960, Etablissements Omer Decugis, Rec. p. 478).



tionnel est seul juge de la constitutionnalité au fond, le Conseil d'Etat s'étant d'ailleurs de tout temps refusé à apprécier la validité d'un engagement international et, d'autre part parce que la haute Juridiction administrative n'accepte de contrôler que l'existence de la qualification juridique et de la publication de l'engagement international.

§ 1. — *Le Conseil Constitutionnel seul juge de la constitutionnalité au fond*

On sait que le Conseil Constitutionnel est compétent pour connaître de la constitutionnalité de tout engagement international, dont la ratification ou l'approbation sont soumises à l'autorisation préalable du Parlement (11). En revanche l'incompétence du Conseil d'Etat est radicale.

A. — *Le contrôle du Conseil Constitutionnel sur l'engagement international.*

Ce contrôle qui est susceptible d'être exercé tout au long de la phase d'autorisation parlementaire, ne diffère pas, dans son essence, du contrôle de constitutionnalité des lois au fond. La compétence parlementaire exclut, à elle seule, toute intervention du juge administratif. Cette incompétence radicale a trouvé un second fondement dans l'existence d'un recours parallèle ouvert devant le Conseil Constitutionnel. A ce stade tout risque de conflit entre les deux Conseils est exclu. Mais la procédure parlementaire d'autorisation qui coïncide avec la phase de la compétence du Conseil Constitutionnel, est précédée par une phase d'élaboration et suivie d'un acte de ratification. Si le Conseil d'Etat se reconnaissait compétent pour contrôler la validité de l'engagement international à l'un de ces deux stades, il pourrait soit préjuger de la décision éventuelle du Conseil Constitutionnel, soit la démentir. L'incompétence radicale du Conseil d'Etat pour contrôler la validité au fond d'un engagement international, à quelque phase de la procédure que ce fût, écarte définitivement ce risque.

---

(11) La ratification est définie par M. Rousseau comme « l'approbation donnée au traité par les organes internes compétents pour engager l'Etat » (Droit international public, n° 64, p. 98) l'approbation est le terme consacré pour les accords en forme simplifiée (ibid., n° 40, p. 70).

B. — L'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours en annulation contre les actes de conclusion de l'engagement international.

Le Conseil d'Etat refuse de se prononcer tant sur les actes d'élaboration de l'engagement international que sur le décret de ratification (12).

1) Le refus de contrôler les actes d'élaboration du traité.

L'élaboration de l'engagement international, sa conclusion, ne sont pas l'œuvre exclusive du Gouvernement français mais la conséquence de la collaboration de celui-ci avec les autorités étrangères. Acte mixte, l'engagement international échappe au juge administratif (13), dont l'incompétence s'étend à tout ce qui touche aux négociations ayant abouti à cet engagement (14).

2) Le refus de contrôler l'acte de ratification.

Ce refus, dont le principe reposait jadis sur la théorie de l'acte de gouvernement (15), se fonde à présent sur l'inadmissibilité de la remise en cause de l'engagement pris par l'Etat français à l'égard des Etats étrangers, parties à la convention. Comme le souligne M. Virally :

« En négociant avec le gouvernement étranger et en concluant un accord, « le Gouvernement français agit sous l'empire du droit international » (16).

Cependant l'incompétence du Conseil d'Etat n'est plus radicale et ce dernier accepte désormais de contrôler la matérialité du décret de publication, dans la mesure où celui-ci se détache de la procédure de conclusion proprement dite, pour constituer l'acte introduisant l'engagement international dans le droit interne. Ce contrôle, joint à celui de la qualification juridique de l'acte international, ne peut conduire à un conflit de compétence avec le Conseil Constitutionnel.

---

(12) Traditionnellement le décret de ratification était avec le décret de publication, l'acte introduisant le traité dans le droit interne français.

(13) Cf. notamment Auby et Drago, *op. cit.*

(14) Cf. C.E. 29 octobre 1954, Taurin et Mérienne, D. 1955.361, note Benoît.

(15) C.E. 5 février 1926, Caraco, D. 1927.III.1, note Devaux.

(16) « Le Conseil d'Etat et les traités internationaux », J.C.P. 1953.I.1098.

§ 2 — *Le contrôle de la qualification juridique et de la publication de l'engagement international par le Conseil d'Etat est insusceptible de conduire à un conflit de fond avec le Conseil Constitutionnel.*

A. — Le contrôle du Conseil d'Etat est un contrôle d'existence.

Le Conseil d'Etat se borne à contrôler la qualification juridique de l'engagement international (17), c'est-à-dire la matérialité de la ratification, et l'existence d'un décret de publication (18). Il refuse, en revanche, d'en examiner la régularité, écartant ainsi tout risque de conflit de compétence avec le Conseil Constitutionnel.

B. — Les contrôles respectifs du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat sont complémentaires et non conflictuels.

Le contrôle du Conseil d'Etat sur la matérialité de la ratification et l'existence du décret de publication, loin de faire double emploi avec celui du Conseil Constitutionnel sur l'autorisation parlementaire le complète. Car cette autorisation acquise, le Président de la République, seul compétent pour ratifier, n'a pas compétence liée et demeure libre de ne pas ratifier l'engagement ou de ne le faire que longtemps après. De même celui-ci, peut ne pas avoir été publié. Un contrôle de l'existence juridique de cet engagement s'impose en conséquence et, toute intervention du Conseil Constitutionnel étant exclue à ce stade, seul le Conseil d'Etat peut y procéder.

En matière de contrôle de constitutionnalité au fond des lois et des engagements internationaux, aucun conflit de fond, ni de compétence ne peut surgir entre les deux conseils.

---

(17) C.E. 18 avril 1951, Elections de Nolay, Rec. 189 ; 11 mai 1960, R.P.D.A. 1960.207.

(18) C.E. 11 décembre 1959, R.D.P. 1960.847.

## CHAPITRE II

### LES RISQUES DE CONFLIT DECOULANT DES COMPETENCES CONVERGENTES ET CONCURRENTES DES CONSEILS

Si l'étude de leur mode de saisine a fait apparaître la séparation existant entre l'introduction des actions devant chacun des Conseils, les compétences respectives de ceux-ci sont néanmoins susceptibles de converger ou de se concurrencer dans deux domaines (1). On sait que le contrôle de constitutionnalité au fond exclut une telle hypothèse. En revanche le contrôle de la répartition des compétences normatives entre les pouvoirs publics et le contentieux électoral et référendaire sont caractérisés respectivement par des convergences et des concurrences de compétence entre les Conseils. Des risques de conflit, respectivement de fond et de compétence en découlent. C'est à la jurisprudence qu'il appartient de les résoudre.

#### SECTION I

##### LES CONVERGENCES EN MATIERE DE CONTROLE DE LA REPARTITION DES COMPETENCES NORMATIVES ENTRE LES POUVOIRS PUBLICS ET LES RISQUES DE CONFLIT DE FOND

A l'ancienne et relativement simple opposition de la loi et du règlement, le droit nouveau a substitué des distinctions beaucoup plus subtiles, qui ont donné naissance à cinq grandes catégories d'actes sur lesquels les compétences respectives du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat sont susceptibles de s'exercer par des voies très différentes, mais qui n'en finissent pas moins par appréhender les mêmes textes et par trancher les mêmes difficultés.

On distinguera la répartition ordinaire des compétences normatives (lois et règlements des articles 34 et 37 de la Constitution) des hypothèses de dévolution exceptionnelle desdites compétences (ordonnances des articles 38 et 92, décisions présidentielles prises en vertu de l'article 16, ordonnances présidentielles prises en vertu d'une loi référendaire).

---

(1) Cf. ci-dessus, pp. 80 et ss.



**§ 1 — Les lois et les règlements des articles 34 et 37  
de la Constitution**

Bien que le Conseil Constitutionnel ne connaisse que des actes formellement législatifs et le Conseil d'Etat que des actes administratifs, leurs compétences respectives peuvent converger et des risques de conflit de fond en découlent. Il en est ainsi tantôt à propos d'un même décret, tantôt relativement à la détermination de la nature et du contenu des règles et des principes fondamentaux réservés à la loi.

A. — Le contrôle d'un même décret : Les compétences convergent au point de se recouvrir.

Un même décret peut, en effet, être apprécié à la fois par le Conseil d'Etat et par le Conseil Constitutionnel. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit que ce décret fasse l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat et, parallèlement, d'une proposition de loi parlementaire tendant à son abrogation au motif qu'il excéderait les limites de la compétence réglementaire. Si le Premier Ministre soulève ensuite l'irrecevabilité de cette proposition de loi et le Président de l'Assemblée intéressée saisit le Conseil Constitutionnel, celui-ci se trouve connaître d'un litige identique à celui à propos duquel le Conseil d'Etat est compétemment saisi.

Il ne peut donc y avoir conflit de compétence puisque les deux Conseils sont également compétents et ont également le devoir de statuer. Le mécanisme par lequel la constitutionnalité d'un décret peut être soumise au Conseil Constitutionnel a été parfaitement mis en lumière dans la décision du Conseil Constitutionnel du 27 novembre 1959 (2). Voulant modifier les règles présidant à la fixation du loyer des beaux ruraux (énoncées par l'article 812 du Code Rural), le Gouvernement, après avoir consulté le Conseil d'Etat, comme la Constitution lui en faisait l'obligation s'agissant d'un décret antérieur à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, a modifié, par décret les textes d'origine législative, notamment quant aux denrées et aux cours à prendre en considération dans les arrêtés préfectoraux déterminant le calcul des loyers. Tout justiciable convaincu que le Gouvernement avait méconnu la Constitution et touché en réalité à un « principe fondamental du droit de propriété » n'aurait eu d'autre ressource que de s'adresser au Conseil d'Etat pour demander l'annulation du décret litigieux. Mais deux sénateurs, MM. Bajeux et Bou-

---

(2) Rec. C.C., p. 71.

langer, ont décidé en leur qualité de parlementaire de déposer une proposition de loi tendant à l'abrogation du décret de 1959. Malgré l'avis favorable de la commission sénatoriale, le Premier Ministre opposa l'irrecevabilité à l'encontre de cette proposition et le Président du Sénat, adoptant la thèse des auteurs de la proposition de loi, saisit le Conseil Constitutionnel.

Sans doute, formellement ce sont des textes différents qui sont soumis aux deux Conseils mais en réalité c'est le même acte qui est apprécié. Comme le souligne très justement M. Waline (3) :

« Il est évident que si, formellement, c'est la conformité de la proposition de loi aux articles 34 et 37 de la Constitution, qui est soumise à l'examen et à la décision du Conseil Constitutionnel, en réalité, et au fond, c'est bien la question de savoir si le décret gouvernemental avait respecté ou violé le domaine réservé au législateur par l'article 34 qui est soumise à ce Conseil... L'inconstitutionnalité de la proposition n'est qu'une conséquence de la constitutionnalité du décret. C'est ce dernier qui est sur la sellette, c'est son procès que l'on fait. Et la décision du Conseil Constitutionnel, si son dispositif ne fait pas mention du décret, affirme en réalité la conformité de ce décret à la Constitution et il l'affirme avec l'autorité de la chose jugée. »

L'hypothèse d'une contrariété de décisions entre les deux hautes Juridictions se présente si le même décret a été attaqué pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat et fait ensuite l'objet d'une proposition de loi (tendant à son abrogation ou à sa modification) déférée pour inconstitutionnalité au Conseil Constitutionnel.

Les deux Conseils, également souverains, se trouvent simultanément en présence du même problème. Deux situations peuvent alors se présenter :

Si le Conseil Constitutionnel statue le premier, ses décisions s'imposant « à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (art. 62 alinéa 2 de la Constitution). Le Conseil d'Etat doit aligner sa décision sur celle du Conseil Constitutionnel.

Mais si c'est le Conseil d'Etat qui a statué le premier, le problème se trouve une nouvelle fois posé dans le cas où la solution dégagée ensuite par le Conseil Constitutionnel est en désaccord avec celle du Conseil d'Etat. En fait, la situation peut se présenter de trois manières :

---

(3) Chroniques de jurisprudence, R.D.P. 1960.1011.

1) Si le Conseil d'Etat a déjà annulé le décret au jour où statue le Conseil Constitutionnel, il semble que la proposition parlementaire tendant à l'abrogation d'un texte annulé n'ait plus d'objet et, qu'ainsi, le parlementaire n'ait qu'à la retirer. Il paraît d'ailleurs évident que si le Conseil Constitutionnel a été saisi antérieurement à la décision du Conseil d'Etat, seule une décision de non-lieu à statuer puisse intervenir.

Mais les choses peuvent être encore plus complexes : la proposition de loi peut ne pas se borner à abroger le décret, mais lui substituer des dispositions nouvelles différentes de l'état antérieur de la législation : il y a donc risque de « dénaturation » par le pouvoir législatif. L'annulation du décret laisse alors subsister le problème du caractère législatif des dispositions contenues dans la nouvelle proposition. Et comme cette question ne disparaît pas du fait de l'annulation du décret par le Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel ne peut, dans ces conditions, rendre une décision de non-lieu à statuer. L'appréciation à laquelle il va se livrer quant au caractère législatif ou réglementaire des dispositions prévues par la proposition de loi, peut l'amener à prendre une position opposée à celle du Conseil d'Etat.

Certes, comme le note M. Waline (4), le décret annulé demeurera annulé mais le Gouvernement pourra prendre un nouveau décret semblable, au mépris de l'autorité des arrêts du Conseil d'Etat.

2) Si le Premier Ministre peut arguer d'une méconnaissance par le pouvoir législatif de la limite des compétences du Parlement, pour opposer l'irrecevabilité à l'encontre d'une proposition de loi qui excéderait les bornes de la compétence réglementaire telle qu'elle résulte de l'annulation du décret par le Conseil d'Etat, l'hypothèse inverse d'une dénaturation par le pouvoir réglementaire se pose avec plus d'acuité encore.

Un second risque de conflit de fond en découle.

En effet, lorsque le Conseil Constitutionnel est saisi en vertu de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, le Gouvernement n'interroge la haute Instance que sur la nature du texte qu'il se propose de modifier, sans être astreint à lui communiquer les dispositions nouvelles qu'il a l'intention de promulguer (5). Comment savoir dès lors si les dispositions nouvelles ne dénaturent pas les règles de principe

---

(4) Chroniques précitées.

(5) Le Gouvernement accepte pourtant de communiquer ces textes au Conseil Constitutionnel mais à titre officieux seulement, rien ne l'obligeant à le faire.

posées par le Conseil Constitutionnel à propos d'un texte différent, par nature, des nouvelles dispositions modificatives. Le Conseil Constitutionnel a, lui-même, affirmé ses craintes d'une éventuelle dénaturation pour le pouvoir réglementaire. Dans sa décision du 22 décembre 1961 il affirme :

« Considérant que, s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale propres au régime des allocations « maternité et qui, comme tels, relèvent du domaine de la loi, l'existence « même de ces allocations, ainsi que la nature des conditions exigées « pour leur attribution, il appartient au pouvoir réglementaire, *sauf à « ne pas en dénaturer les conditions*, d'en préciser les éléments » (6).

Mais il s'agit là d'un vœu pieux car aucune voie de saisine ne peut amener le Conseil Constitutionnel à connaître d'un éventuel recours contre une dénaturation par le pouvoir réglementaire. Ceci n'a pas empêché le Conseil Constitutionnel d'insister une nouvelle fois sur ce risque d'atteinte à la répartition régulière des compétences normatives entre le Gouvernement et le Parlement. Au danger de dénaturation des « conditions », il a ajouté celui qui pourrait naître de la dénaturation de « l'esprit de la loi » (7).

Les raisons de l'alarme du Conseil Constitutionnel se conçoivent assez bien. Sans doute l'incompétence de celui-ci ne constitue pas, *a priori*, un facteur d'injusticiabilité puisque le Conseil d'Etat pourra être valablement saisi d'un recours contre l'acte réglementaire argué de dénaturation. Mais si la conciliation juridique des décisions des deux instances se conçoit fort bien logiquement, leur succession rend plus délicat le rôle de la deuxième instance saisie : le Conseil d'Etat. M. Hamon (8) conclut très justement à ce propos : « Le Conseil d'Etat se demandera s'il est à l'unisson du Conseil Constitutionnel dont l'appréciation s'impose », tant il est vrai que la marge d'appréciation du Conseil d'Etat paraîtra restreinte par la décision du Juge constitutionnel. Il semble qu'au mieux le Juge administratif s'efforce de contrôler la conformité du texte réglementaire déféré aux principes posés à cet égard par le Conseil Constitutionnel. On aboutirait ainsi à un véritable contrôle *a posteriori* de l'application des décisions dégagées par le Conseil Constitutionnel. Le Conseil d'Etat

---

(6) Décision n° 61-17 (Rec. C.C. p. 43 et S. 1963.280, note Hamon).

(7) Décision n° 63-5, F.N.R. du 11 juin 1963 (Rec. C.C. p. 37 et D. 1964. 109, note Hamon).

(8) Note précitée au S. 1963.280.



peut-il accepter de se livrer à ce contrôle qui le conduirait inmanquablement à interpréter, voire à apprécier des décisions qui s'imposent à lui ? S'il s'y refuse c'est davantage à une décision d'incompétence, entraînant déni de justice qu'à un éventuel conflit de fond, que risque de se heurter le requérant qui tenterait de faire consacrer par le Conseil d'Etat, la dénaturation par le pouvoir réglementaire des principes posés par le Conseil Constitutionnel quant à la délimitation des compétences. Cette situation n'a pas échappé aux Conseillers Constitutionnels qui ont délibérément traité du problème ainsi posé dans une décision du 24 octobre 1969 (9). Celle-ci indique très soigneusement la portée et les limites des mesures qui ressortissent à la compétence réglementaire et invite fermement le Gouvernement à ne pas sortir des compétences qu'elle lui assigne en des termes singulièrement restrictifs :

« Considérant que dans la mesure *seule* envisagée dans la demande présentée au Conseil Constitutionnel, où les dispositions soumises à l'examen du Conseil tendent *uniquement* à désigner l'organisme dont l'avis est requis... que, dès lors, *et dans cette mesure*, elles ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire, *sauf, toutefois, pour celui-ci à ne pas diminuer les garanties de leurs droits que les propriétaires intéressés ont trouvées dans la composition de l'organisme dont s'agit.* »

Soucieux de lutter plus efficacement contre le risque de dénaturation, le Conseil Constitutionnel précise désormais ce qu'il entend par là. En l'occurrence, il s'agirait d'une *diminution des garanties des droits*. En définissant aussi nettement la dénaturation et en invitant fermement le pouvoir réglementaire à ne pas s'en rendre coupable, la haute Instance facilite singulièrement la tâche du Conseil d'Etat pour le cas où celui-ci viendrait à être saisi ultérieurement d'un recours contre les mesures édictées par le pouvoir réglementaire. La haute Juridiction administrative n'aurait plus alors à se demander si elle est bien « à l'unisson du Conseil Constitutionnel » puisque celui-ci aurait expressément réservé les droits que le recours demande à celle-là de consacrer.

L'affirmation progressive de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel permet donc au Conseil d'Etat de mieux faire respecter l'esprit de la Constitution en le mettant à même de lutter contre la dénaturation par le pouvoir réglementaire de ses propres compétences.

---

(9) J.O. du 1<sup>er</sup> novembre 1969, p. 10744, Rec. C.C. p. 34.

3) Reste une dernière hypothèse de conflit, peut-être la plus plausible en pratique, celle où le Conseil d'Etat ayant rejeté un recours contre un décret et déclaré que celui-ci entraînait bien dans le domaine de la compétence réglementaire, le Conseil Constitutionnel, saisi d'une proposition de loi tendant à abroger ou à modifier ce décret, affirmerait que cette proposition ressortit effectivement au domaine législatif et désavouerait ainsi le Conseil d'Etat. Rien ne s'oppose en droit, au développement de telles contrariétés de décisions. Sans doute le conflit de fond est-il plus apparent que réel puisqu'il ne peut se produire que si le Conseil Constitutionnel statue le dernier, ce qui implique que la décision de celui-ci efface celle du Conseil d'Etat. Mais, outre ce qu'une telle annulation a d'illogique et d'irréalisable en pratique, un grave élément d'incertitude est introduit dans le droit positif par la remise en question de décisions qui, jusque là, bénéficiaient d'une autorité souveraine et ne pouvaient plus faire l'objet de discussion.

B. — La détermination de la nature et du contenu des règles et des principes fondamentaux réservés à la loi :

Les compétences des Conseils convergent :

Ce n'est plus, comme lorsque les compétences se recouvrent, un même acte dont les deux Conseils sont amenés, directement ou indirectement à connaître, mais des actes différents rentrant dans le cadre d'une même matière. Sur chaque matière dont les règles, les principes fondamentaux ou les garanties fondamentales ne peuvent être édictés que par la loi, la délimitation des domaines respectifs du Parlement et du Gouvernement est fixée par les deux juridictions. Le Conseil Constitutionnel l'opère lorsqu'il lui est demandé de déterminer l'appartenance législative ou réglementaire des dispositions contenues dans des actes de forme législative, soit en cours d'élaboration (article 41) (10), soit déjà promulgués (article 37 alinéa 2), tandis que le Conseil d'Etat est amené à se prononcer sur cette même délimitation chaque fois qu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un règlement argué d'incompétence du titulaire du pouvoir réglementaire.

Le problème qui se pose est donc celui de la cohérence et de l'unité de la ligne de délimitation tracée entre la loi et le règlement. Comme il ne peut y avoir de vide juridique entre ces deux domaines

---

(10) Le Conseil Constitutionnel a jugé que la voie de la saisine en déclaration de conformité à la constitution (article 61) était également ouverte au contrôle de la délimitation des compétences législatives et réglementaires : 11 août 1960, Rec. C.C. p. 25.

et comme toute matière, toute disposition qui n'est pas du domaine de la loi, est du domaine du règlement, les points de vue complémentaires auxquels les Conseils doivent se placer, se rejoignent rigoureusement. Depuis quinze ans, ils ont concouru, à l'élaboration de cette délimitation qui fait, à présent, l'objet d'une jurisprudence abondante (11).

## § 2 — *Les actes issus d'une répartition exceptionnelle des compétences normatives*

Ces actes, qui appartiennent normalement au domaine de la loi, sont édictés par le ou les titulaires du pouvoir exécutif — lato sensu — à la suite d'un bouleversement de la répartition des compétences entraînant désaisissement du Parlement.

### A. — Les ordonnances de l'article 38.

1) Ces ordonnances, qui sont prises en conséquence d'une délégation législative, conservent le caractère réglementaire tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification parlementaire (12) et sont donc susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. La haute Assemblée peut donc fort bien annuler une ordonnance de l'article 38, au motif qu'elle serait contraire à la Constitution. Or rien ne s'oppose à ce que l'ordonnance ainsi annulée soit, mot pour mot, reprise par une proposition ou un projet de loi adopté par le Parlement. Le Conseil Constitutionnel saisi de la constitutionnalité de la loi adoptée, par l'une des quatre autorités qui y sont habilitées, pourrait-il désavouer le Conseil d'Etat ?

2) En pratique cette hypothèse, qui ne peut être exclue à priori, ne s'est encore jamais présentée.

Si le Conseil Constitutionnel se prononçait en faveur de la constitutionnalité de la loi adoptée et désavouait ainsi le Conseil d'Etat, il y aurait divergence jurisprudentielle, encore que le conflit propre-

---

(11) Le titre III lui sera entièrement consacré.

(12) C.E. 3 novembre 1961, Damiani (D. 1961.723 et S. 1962.61) et 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police (S. 1963.59, note Hamon et D. 1962.424, note Fromont). Il est, par ailleurs remarquable que dans sa décision du 29 février 1972 (J.O. 18 mars, p. 2849), le Conseil Constitutionnel ait fait application aux ordonnances de l'article 38, de la théorie de la validation implicite par le législateur, antérieurement dégagée par le Conseil d'Etat (cf. notamment 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, D. 1961.633, concl. Kahn; 8 décembre 1963, Société Géo, A.J.D.A. 1963.279, concl. Ducamin).

ment dit soit rendu impossible par la supériorité intrinsèque des décisions du Conseil Constitutionnel.

La divergence jurisprudentielle n'en subsisterait pas moins dans la mesure où seraient remises en question la valeur et l'autorité des décisions du Conseil d'Etat, qui ne souffraient précédemment aucune discussion.

#### B. — Les ordonnances de l'article 92.

A la différence des précédentes, ces ordonnances aménagent une « délégation du pouvoir législatif » (13), et ce, par détermination de la Constitution. Celle-ci les définit comme « les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics ». Elle ajoute qu'elles auront « force de loi ». Se fondant sur ce texte, le Conseil des Ministres édicta par voie d'ordonnances, non seulement des mesures qui auraient normalement fait partie du domaine de la loi ordinaire, mais également toutes celles qui ne pouvaient faire l'objet que de lois organiques (14).

Saisi d'un recours contre l'une de ces ordonnances portant loi organique, le Conseil d'Etat se déclara incompétent au motif que celles-ci avaient le caractère législatif (15). Comme le Conseil Constitutionnel n'entra en fonction qu'après la période nécessaire à la mise en place des institutions, tous les actes édictés pendant cette période échappèrent au contrôle de fond du juge (16).

L'incompétence du Conseil d'Etat, l'impossibilité de saisir le Conseil Constitutionnel qui n'était pas encore entré en fonction, aboutissaient en fait à une double incompétence, aucune des deux juridictions, ne pouvant être saisie. Sans doute la décision d'incompétence du Conseil Constitutionnel faisait-elle défaut puisque la haute Instance n'existait pas encore. Il n'en reste pas moins que, déjà prévu par la Constitution, le Conseil attendait encore la fin de la période de mise en place des institutions pour être enfin compétent.

En l'occurrence, aucune procédure ne permet de résoudre les difficultés nées de cette double incompétence. Plusieurs dizaines de lois

---

(13) G. Vedel, note sous Cass. Crim. 28-5-1959, J.C.P. 1959.II.11152.

(14) Cette procédure a été violemment critiquée par P. Durand : « La décadence de la loi dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République », J.C.P. 1959.I.1470.

(15) C.E. 12 février 1960, Sté Eky, Rec. 101, S. 1960.131, concl. Kahn, D. 1960.263, note Lhuillier, J.C.P. 1960.II.11629 *bis*, note Vedel.

(16) Si celui-ci refuse tout contrôle de validité de l'acte, il accepte pourtant d'en vérifier l'existence matérielle : C.E. 25 juillet 1960, F.N.O.S.S. et Fradin, D. 1960.690, concl. Braibant, note Lhuillier.



organiques et ordinaires, ainsi que les règlements des Assemblées Parlementaires échappèrent donc définitivement à tout contrôle.

C. — Les décisions présidentielles de l'article 16.

Ce sont celles (17) que le Président de la République prend en vertu des pouvoirs exceptionnels qu'il tient de l'article 16. Le Conseil Constitutionnel est consulté sur chacune d'elles mais le texte de l'article 16 ne souffre aucune discussion au sujet de la nature de l'avis émis, qui est purement consultatif. Le problème qui s'est posé, dès 1958, a été de savoir si le Conseil d'Etat était compétent pour statuer sur les décisions présidentielles. La haute Assemblée faisant prévaloir le critère matériel, s'est prononcée en faveur de sa compétence lorsque la décision prise porte sur une matière qui est normalement du domaine réglementaire, tout en s'estimant incompétente lorsque la décision dont s'agit serait normalement du domaine de la loi (18). Certains auteurs ont vu dans cette jurisprudence la source d'un conflit possible entre les deux Conseils, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat annulerait une mesure présidentielle qui aurait bénéficié d'un avis favorable du Conseil Constitutionnel (19). Cette contradiction, pour fâcheuse qu'elle soit sur le plan politique, ne constituerait pourtant pas un conflit de fond car elle n'oppose pas deux décisions juridictionnelles mais un avis consultatif et une décision juridictionnelle.

En revanche il est une hypothèse dans laquelle le Conseil Constitutionnel peut être amené à désavouer le Conseil d'Etat. Comme la compétence ou l'incompétence du Conseil d'Etat est déterminée par le caractère législatif ou réglementaire de la décision qui lui est soumise, celui-ci ne peut statuer qu'en se prononçant d'abord sur ce caractère. Toute décision ou disposition d'une décision sur laquelle le Conseil d'Etat étend son contrôle, acquiert, en conséquence, le caractère réglementaire.

Après la cessation de l'exercice des pouvoirs exceptionnels, un parlementaire peut fort bien déposer une proposition de loi tendant à l'abrogation ou à la modification de la décision présidentielle —

---

(17) Elles ne doivent, en aucun cas, être confondues avec la décision par laquelle le Président de la République décide de mettre en vigueur l'article 16 et qui constitue un acte de Gouvernement : C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, R.D.P. 1962.288.

(18) C.E. Rubin de Servens, précité.

(19) Cf. notamment Fr. Batailler, *op. cit.*, p. 76 et sur l'ensemble des problèmes soulevés par l'article 16, cf. Voisset (Michèle) : « L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 » (thèse Paris, 1969).

ou de certaines dispositions de celle-ci — à laquelle le Conseil d'Etat avait pourtant reconnu le caractère réglementaire. Cette hypothèse apparaît alors comme une simple variante du cas général (20) de conflit de fond entre une décision du Conseil d'Etat et une décision ultérieure du Conseil Constitutionnel. Elle ne peut donc résulter que de la même procédure : opposition par le Gouvernement de l'irrecevabilité à l'encontre de la proposition de loi et saisine du Conseil Constitutionnel par le Président de l'Assemblée intéressée ou par le Premier Ministre.

D. — Les ordonnances présidentielles prises en vertu d'une loi référendaire.

La procédure constitutionnelle de l'article 11 était initialement prévue pour permettre au peuple de se prononcer, sous certaines conditions de saisine, sur des problèmes particuliers. La possibilité pour le Chef de l'Etat de demander par référendum le pouvoir de régler par « ordonnances » certaines matières semblait exclu, mais la technique des lois d'habilitation a néanmoins été étendue à la procédure du référendum.

A la différence de l'interprétation donnée à l'article 92 de la Constitution, le Conseil d'Etat a différencié « matière législative et force législative ». Il n'y a plus délégation constitutionnelle et le Chef de l'Etat n'agit donc pas « proprio motu », mais sur habilitation de la Nation.

Ceci emporte deux conséquences, la première étant relative à la nature même de la loi adoptée par référendum, la seconde aux ordonnances que le Président de la République va prendre en vertu de la loi référendaire.

1) La loi adoptée par voie de référendum doit-elle être assimilée à la loi (ordinaire ou organique) adoptée par le Parlement, ou bien, au contraire, doit-elle être considérée comme étant d'une nature particulière qui la fait échapper aux classifications traditionnelles ?

De la réponse à cette question dépend la compétence du Conseil Constitutionnel.

Celui-ci a eu précisément l'occasion de fournir cette réponse à la suite du recours introduit devant lui par le Président du Sénat, qui contestait la constitutionnalité de la loi référendaire. Pour démontrer le caractère incontestable de la loi référendaire et corollairement sa propre incompétence, le Conseil Constitutionnel a eu recours à

---

(20) Cf. ci-dessus A.

trois arguments tirés respectivement de l'esprit de la Constitution, de certaines dispositions constitutionnelles et législatives, enfin de la nature même de la votation populaire exprimée dans le référendum. Le Président du Sénat déclara que « le Conseil Constitutionnel venait de se suicider » (21). Les appréciations juridiques qui peuvent être portées sur cette décision paraissent beaucoup plus nuancées.

a) Le Conseil Constitutionnel avait pris soin de rappeler tout d'abord la règle posée par la décision Regroupement National (22) et, au terme duquel sa compétence « est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 ». L'invocation de « l'esprit de la Constitution » est une explication qui risque de paraître simpliste.

La Haute Instance a toutefois pris la précaution de préciser qu'en la matière cet esprit avait fait d'elle, un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics ».

Ceux-ci, englobant tous les organes délégataires de la souveraineté ne sauraient, en aucun cas, être assimilés au peuple souverain qui est précisément le délégant de ladite souveraineté. Cette argumentation, apparemment brillante (23), pêche toutefois par manque de précision. Définir une instance juridictionnelle, devant laquelle le recours n'est pas ouvert à tout citoyen, comme un organe régulateur des pouvoirs publics, c'est se livrer à une tautologie (24) puisque la fonction d'une telle juridiction est précisément d'assurer cette régulation.

Le concept d'organe régulateur des pouvoirs publics ne saurait donc être dégagé de l'esprit de la Constitution.

b) Plus sérieux paraît en revanche, l'argument tiré des dispositions législatives, sinon constitutionnelles, ces dernières étant muettes sur ce point. L'article 23 de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel dispose en effet :

« Dans le cas où le Conseil Constitutionnel déclare que la loi dont il « est saisi contient une disposition contraire à la Constitution, sans cons-

---

(21) « Le Monde », 8 novembre 1962.

(22) 23 décembre 1960, D. 1962.467, note Hamon.

(23) Elle a été notamment soutenue par L. Hamon, note au D. 1963. 398 et L. Favoreu, article cité.

(24) Même la Cour Suprême américaine, que tout requérant peut pour-tant saisir par voie d'exception, est avant tout un régulateur de l'activité du pouvoir fédéral et des pouvoirs d'Etats.

« tater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, « le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception « de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture. »

Et l'article 17 de la même loi ne fait état que des « lois adoptées par le Parlement ».

c) Enfin la nature même de la loi référendaire, qui est l'expression directe de la souveraineté nationale, aux termes de l'article 3 de la Constitution, exclut nécessairement tout contrôle juridictionnel. La souveraineté nationale, source de tout pouvoir, ne saurait être limitée par le Juge.

La décision d'incompétence du Conseil Constitutionnel tout en obéissant à une logique juridique rigoureuse, répond encore à un souci d'opportunité évident. On imagine les graves conséquences politiques qu'aurait emportées le désaveu par le juge d'une votation populaire acquise à une majorité de 62 % des votants et ayant, de ce fait, valeur de « verdict » politique.

2) Les ordonnances référendaires : ce sont celles que le Président de la République peut être amené à prendre en application d'une loi référendaire. Cette nouvelle catégorie d'actes, non prévue par la Constitution, est apparue avec la loi référendaire du 13 avril 1962, dont l'article 2 autorise le Président de la République à arrêter par voie d'ordonnances ou selon le cas, de décrets en Conseil des Ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962.

La lettre même du texte, qui qualifie l'ordonnance référendaire de « mesures législatives », semblait devoir couper court à toute controverse quant à leur nature juridique. Pourtant le Conseil d'Etat, faisant prévaloir une interprétation contraire au libellé de la loi décidait que celle-ci a :

« eu pour objet non d'habiliter le Président de la République à exercer « le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user « exceptionnellement, dans le cadre des limites qui y sont précisées, de « son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnance, des mesures « qui normalement relèvent du domaine de la loi » (25).

---

(25) C.E. 19 octobre 1962, Canal, J.C.P. 1963.13068, note Debbasch.



Les ordonnances référendaires sont donc jugées inassimilables aux ordonnances de l'article 92 dont on a rappelé le caractère législatif (26). Sans doute celles-ci, à la différence de celles-là, parlaient de « mesures ayant force de loi » et non de « mesures législatives », mais la différence de leur nature respective ne doit pas être recherchée dans une subtile exégèse des textes mais dans les conditions mêmes qui ont présidé au transfert du pouvoir législatif. Dans le cas des ordonnances de l'article 92, c'était la Constitution elle-même qui opérait la modification temporaire de la répartition des compétences en confiant, pour une période déterminée, l'exercice du pouvoir législatif au Gouvernement, alors que dans l'hypothèse de l'ordonnance référendaire, il s'agissait de mesures qui, bien que découplant directement d'une loi référendaire dont le caractère législatif n'était pas contesté, n'avaient été ni prévues, ni autorisées par la Constitution. Comme le note M. Debbasch.

« L'habilitation de la loi du 13 avril 1962, n'étant pas prévue par la « Constitution (ou en d'autres termes la délégation du pouvoir législatif « au Président de la République par référendum n'étant pas organisée « par la loi fondamentale, le Conseil d'Etat donne à cette habilitation la « portée la plus limitée qu'il puisse lui assigner, il la considère comme « une simple extension du pouvoir réglementaire et non comme une délégation du pouvoir législatif » (27).

En statuant ainsi le Conseil d'Etat, même s'il n'a guère explicité les motifs de sa décision a permis aux ordonnances référendaires de trouver un juge et a évité que n'apparaisse une nouvelle hypothèse de déni de justice que n'aurait pas manqué de provoquer l'impossibilité radicale dans laquelle se trouve le justiciable de s'adresser au Conseil Constitutionnel. Car, en dépit du caractère législatif de l'ordonnance posé par la lettre même de la loi référendaire, il est évident qu'un recours au Conseil Constitutionnel est inconcevable puisque celui-ci ne peut être présenté qu'après l'adoption de la loi et antérieurement à sa promulgation, ce qui a pour effet d'exclure toute action visant un texte législatif qui ne serait pas une loi formellement parlementaire.

---

(26) Cf. ci-dessus ce paragraphe, C.

(27) Note sous C.E. Canal précité, J.C.P. 1963.13068.

## SECTION II

LES CONCURRENCES EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX  
DES OPERATIONS ELECTORALES ET REFERENDAIRES  
ET LES RISQUES DE CONFLIT DE COMPETENCE

L'opération électorale et référendaire est complexe. Comme l'observe M. Charnay (28) : « Elle s'analyse en une série d'actes discontinus émanés d'organes hétérogènes ». Cette opération complexe est, elle-même, précédée d'actes préliminaires tels la convocation des collèges électoraux, la déclaration de candidature et la campagne électorale. Ces actes ont été définis par le Doyen Vedel comme étant ceux qui nécessairement et indivisiblement prépare l'opération électorale :

« Entre ces actes et cette opération, il y a un rapport nécessaire... (tel) « que la validation ou l'annulation des opérations électorales... valide ou « annule ces préliminaires eux-mêmes » (29).

Or on sait que le Conseil Constitutionnel, organe vérificateur de ces opérations, refuse de statuer tant sur les actes préalables à l'élection et au référendum que sur les litiges nés de l'opération électorale mais ne mettant pas directement en cause le résultat de l'élection. Le problème du contrôle éventuel du Conseil d'Etat sur ces actes se trouve ainsi posé. Il lui a donc incombé, en harmonisant sa position en matière de compétences avec celle du Conseil Constitutionnel, d'écarter les risques de conflit de compétence nés du défaut de compétence exclusive de l'organe vérificateur sur l'ensemble du contentieux électoral et référendaire, ainsi que sur les actes préalables à l'élection et au référendum.

§ 1. — *Les compétences du Conseil d'Etat en matière de contentieux électoral et référendaire.*

Le double problème de compétence posé au Conseil d'Etat par les décisions susmentionnées d'incompétence du Conseil Constitutionnel, a donc trait, d'une part aux actes préliminaires à l'opération électorale, d'autre part aux litiges nés de l'élection mais ne mettant pas

---

(28) « Le suffrage politique en France », n° 755.

(29) Note au J.C.P. 1952.II.6810.

directement en cause le résultat de celle-ci, c'est-à-dire en pratique au contentieux du remboursement des frais électoraux.

A. — Le contentieux des actes préliminaires à l'opération électorale.

1) Les actes préalables aux élections parlementaires : tirant la conséquence de la définition même de l'acte préalable, le Conseil d'Etat s'est toujours déclaré incompétent pour connaître des recours dirigés contre les divers actes intervenus à l'occasion du déroulement des opérations électorales (30).

Ces actes peuvent être classés en trois grandes catégories selon qu'ils portent sur la convocation des collèges électoraux (31), sur l'enregistrement des déclarations de candidature (32), ou sur la campagne électorale (33).

Cette incompétence globale et absolue est motivée par la volonté de la Haute Juridiction administrative de ne pas empiéter sur le domaine de compétence de l'organe vérificateur, les assemblées parlementaires autrefois, le Conseil Constitutionnel à présent.

2) Les actes préalables aux élections présidentielles : de l'analyse à laquelle il a été procédé des compétences à la fois complètes et précises attribuées par les textes au Conseil Constitutionnel en matière d'enregistrement des déclarations de candidatures et à la Commission Nationale de contrôle en ce qui concerne le déroulement de la campagne électorale, il résulte que le Conseil d'Etat, est nécessairement incompétent du fait du recours ouvert devant le Conseil Constitutionnel. Saisi d'un recours contre une circulaire ministérielle prescrivant aux Préfets de prendre certaines mesures en vue du second tour de scrutin des élections présidentielles, la haute Juridiction administrative a clairement affirmé le principe de son incompétence :

---

(30) C.E. 28 janvier 1864, Anglade, D.P. 1864.3.85, concl. Robert.

(31) C.E. 6 août 1912, Maitre, D. 1914.3.41.

C.E. 13 juin 1947, Nainsouta, Rec. 259.

C.E. 8 janvier 1951, Hirschowitz, D. 1951.529, note F.M., S. 1951.3.74, note Delvolve et J.C.P. 1952.II.6810, note Vedel.

C.E. 1<sup>er</sup> octobre 1958, Alaoui, R.P.D.A. 1958.J.361.

(32) C.E. 26 juillet 1946, Pebellier, S. 1947.III.11 et J.C.P. 1949.II.5054, note Lavau.

C.E. 9 juin 1950, Mallarme, Rec. 352.

C.E. 8 juin et 2 novembre 1951, Dreyfus-Schmitt et Brusset D. 1951.529, note F.M., S. 1952.III.74, concl. Delvolve et J.C.P. 1952.II.6810, note Vedel.

(33) C.E. Anglade précité et 8 août 1890, Despitis, Rec. 780. Cette incompétence a été étendue aux règlements pris par le pouvoir exécutif en matière d'élections parlementaires 2 novembre 1951, Tixier (mêmes références que sous Dreyfus-Schmitt ci-dessus).

« Qu'ainsi ces instructions sont intimement liées au déroulement du scrutin, qu'elles ne peuvent en conséquence relever d'un autre juge que du « juge de l'élection ; que ce juge étant, comme le prévoit la disposition législative précitée, le Conseil Constitutionnel, il n'appartient au Conseil « d'Etat de connaître, par la voie du recours pour excès de pouvoir, des « conclusions dirigées contre le télégramme dont s'agit » (34).

3) Les actes préalables au référendum : c'est tout naturellement vers le Conseil d'Etat que se sont tournés les requérants auxquels le Conseil Constitutionnel avait opposé son incompétence pour connaître de tout acte préalable au référendum.

Le Conseil d'Etat s'étant traditionnellement reconnu incompétent pour se prononcer sur la légalité des actes administratifs qui sont le préliminaire, soit des élections parlementaires (35), soit du vote d'une loi (36), certains auteurs avaient prédit que la Haute Assemblée étendrait cette jurisprudence aux actes administratifs qui sont le préliminaire obligatoire du référendum (37).

C'est pourtant une solution opposée que le Conseil d'Etat adoptait lorsqu'il était amené à se prononcer sur le recours introduit devant lui par « le Regroupement National », postérieurement à l'adoption du référendum :

« Considérant... que postérieurement à l'introduction de la requête, le « Peuple Français a adopté et le Président de la République a promulgué « la loi du 14 janvier 1961, publiée au Journal Officiel du 15 janvier « 1961, concernant l'autodétermination des populations algériennes et l'or- « ganisation des pouvoirs publics en Algérie avant l'autodétermination, « qu'à compter de cette dernière date, le juge de l'excès de pouvoir ne « peut plus se prononcer sur la légalité des actes administratifs consti- « tuant le préliminaire obligatoire du référendum sans qu'il soit porté une « appréciation sur la validité de la loi précitée » (38).

Le Commissaire du Gouvernement Bernard en déduisait très logiquement, dans ses conclusions sous l'arrêt Brocas (39) :

(34) 6 mai 1966, Dame Chaix, Rec. p. 305, A.J.D.A. 1966, p. 400.

(35) Cf. ce paragraphe a), ci-dessus.

(36) C.E. 27 juin 1958, Georger et Teivassigamany, Rec. p. 403.

(37) Notamment M. Liet-Vaux, art. cité, R.A. 1961.46.

(38) D. 1962.23, note C. Leclercq ; S. 1963.I.28, note Hamon.

(39) D. 1962.701.



« En jugeant qu'à compter de la date de publication de la loi vous ne « pouviez plus vous prononcer sur la légalité des actes administratifs « préalables au référendum, vous avez implicitement mais nécessairement « admis *a contrario* qu'avant la publication de la loi vous auriez pu « vous prononcer sur cette légalité » (40).

Cependant l'incertitude subsistait quant à la détermination des actes qui entrent dans la catégorie des préliminaires obligatoires au référendum. Si cette catégorie était limitée aux actes individuels (41), la compétence du Conseil d'Etat ne se justifiait-elle pas en vertu de la théorie de l'acte détachable, les actes préliminaires à caractère réglementaire restant insusceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux ? Le Commissaire du Gouvernement n'eut aucune peine à réfuter cette interprétation en montrant que si les décisions attaquées par « Le Regroupement National », avaient été détachables de la procédure législative, la Haute Assemblée aurait pu en connaître, même après la publication de la loi.

Le fondement de la compétence du Conseil d'Etat doit être recherché dans l'incompétence même du Conseil Constitutionnel et dans la soumission nécessaire de tout acte administratif à un juge, la décision présidentielle de recourir au référendum y échappant seule comme portant sur les rapports entre les pouvoirs publics (théorie de l'acte de Gouvernement) (42). Or, s'il y a un juge de l'élection législative — le Conseil Constitutionnel — il n'y a pas de juge qui puisse apprécier en même temps que la régularité des opérations du référendum, la validité des actes administratifs qui en sont le préalable obligatoire. Comme il a été judicieusement souligné :

« On ne saurait comparer le scrutin populaire au vote du Parlement. « Devant le Parlement une discussion peut s'instaurer ; les actes de l'Exé-

---

(40) Outre le Premier Ministre, cette thèse était alors défendue par M. Léo Hamon qui estimait que l'acte en cause, primitivement détachable du référendum s'était, par la suite « fondu » dans la loi (S. 1963.J.28). Mais en l'espèce le Conseil d'Etat, loin de faire application de la théorie de l'acte détachable, l'a, au contraire rejetée.

(41) Cette théorie était défendue par le Gouvernement qui estimait que la compétence du Conseil d'Etat ne portait que sur les actes individuels, c'est-à-dire sur ceux qui ne faisaient grief qu'à un candidat ou à un parti, ce qui était l'hypothèse même de l'arrêt « Le Regroupement National ».

(42) En vertu de l'article 11 de la Constitution, le Président de la République ne peut recourir du référendum que sur proposition conjointe des deux assemblées ou sur celle du Premier Ministre. Bien que la décision présidentielle reste discrétionnaire, le caractère obligatoire de la proposition préalable met en cause les rapports entre les pouvoirs publics : C.E. 29 avril 1970, Comité des chômeurs de la Marne et sieur Le Gac, Rec. p. 279.

« cutif peuvent être critiqués. Le parlement peut assurer sa propre défense  
« contre l'arbitraire, non le peuple. Il n'y a pas besoin de juger des votes  
« parlementaires, il peut être utile qu'il y ait un juge des scrutins popu-  
« laires pour protéger le peuple contre les fraudes et les pressions. Le  
« juge administratif protecteur des libertés publiques doit garantir la  
« participation des partis politiques à la campagne du référendum » (43).

Il faut donc souligner l'importance du refus du Conseil d'Etat de statuer postérieurement au déroulement du scrutin et à l'adoption de la loi référendaire même s'il a été saisi antérieurement à l'ouverture de ce scrutin (44).

#### B. — Le contentieux du remboursement des frais électoraux.

Les candidats aux élections parlementaires et présidentielles ne peuvent obtenir le remboursement des frais de propagande électorale mis à la charge de la puissance publique, ainsi que la caution qu'ils sont tenus de verser, que s'ils obtiennent un pourcentage minimum de voix (45). Le Conseil d'Etat est-il compétent pour connaître des recours dirigées aux fins de remboursement, contre le décompte des voix obtenues mais non contre la proclamation du candidat élu.

##### 1) Les élections aux Assemblées parlementaires.

La jurisprudence administrative avait d'abord admis le principe de la recevabilité de l'action en demande de remboursement des frais électoraux, par les arrêts Ceccaldi (46) et Longnon (47). Mais sa tendance a été ensuite d'interpréter beaucoup plus restrictivement sa compétence en matière électorale. C'est ainsi que dans sa décision Reibel (48), il s'est refusé à connaître d'une action dirigée contre un refus d'enregistrement de candidature, au motif qu'une telle action n'était pas de nature à être portée devant lui. L'imprécision de la rédaction de cette décision d'incompétence autorisait maintes interprétations. Sous l'empire de la Constitution de 1958, le Conseil d'Etat a justifié de façon plus précise son incompétence en arguant de ce que l'examen d'une demande de remboursement de la caution et des frais électoraux :

---

(43) J.T. : « Le contrôle juridictionnel des actes préalables au référendum » (A.J.D.A. 1961.II.695).

(44) La Haute Assemblée a réaffirmé sa position le 29 avril 1963 : Llorca et Barreau, R.D.P. 1963, p. 816.

(45) Article L. 158 du Code électoral.

(46) C.E. 18 janvier 1924, Rec. 71.

(47) C.E. 26 octobre 1938, S. 1939.3.32.

(48) C.E. 28 mars 1952, R.D.P. 1952.761, note Waline.

« met nécessairement en cause la proclamation des résultats des élections... et implique l'appréciation d'une opération s'insérant dans l'en-semble des opérations électorales » (49).

La Haute Juridiction fonde son incompétence tant sur la crainte de remettre en cause les résultats de l'élection que sur la volonté de sauvegarder l'unité du contentieux électoral. En revanche elle est muette quant à la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision ministérielle refusant le remboursement du cautionnement et des frais électoraux, alors que l'on pouvait se demander si une telle action ne relevait pas du recours de pleine juridiction.

2) Les élections présidentielles : Le Conseil Constitutionnel étant chargé d'arrêter le nombre exact de suffrages obtenus par chaque candidat, le contentieux du remboursement des frais électoraux ne peut donner naissance à des problèmes de compétence.

Ainsi l'harmonisation des compétences contentieuses des deux Conseils n'est pas parfaitement réalisée dans deux hypothèses. La première découle du refus du Conseil Constitutionnel d'apprécier les opérations préalables au référendum et de celui du Conseil d'Etat d'en connaître postérieurement à l'adoption du texte soumis à référendum. La seconde résulte de la double incompétence des Conseils pour connaître de la demande de remboursement des frais électoraux, introduite par un candidat à qui ce remboursement a été initialement refusé en raison d'une évaluation inexacte du nombre de voix par lui obtenues. L'éventualité, tantôt d'une carence juridictionnelle, tantôt d'un conflit de compétence, ne peut donc être écartée.

## § 2. — *Les risques de carence juridictionnelle et de conflit de compétence.*

### A. — La carence juridictionnelle en matière de contrôle des opérations préalables au référendum.

On sait qu'en cette matière, si le scrutin a eu lieu et que la loi référendaire a été adoptée, le Conseil d'Etat refuse de se prononcer, même s'il a été saisi antérieurement à l'ouverture du scrutin. Cette situation est d'autant plus fâcheuse que le Conseil Constitutionnel

---

(49) Conseil d'Etat 11 janvier 1963, Rebeuf, S. 1963.443, note L. Philip.

refusant également de statuer, le requérant se trouve en face d'un vide absolu, d'une véritable carence juridictionnelle.

Ce n'est pas le moindre paradoxe de la jurisprudence « Le Regroupement National » que l'affirmation *a contrario* par le Conseil d'Etat de sa compétence antérieurement à l'adoption de la loi par la votation populaire. Il s'ensuit qu'un recours en la matière n'est susceptible d'être jugé que si le Conseil d'Etat statue avec une promptitude record ou si le projet de loi référendaire a été rejeté par le peuple, auquel cas la requête serait d'ailleurs devenue sans objet (50).

La lacune juridictionnelle qui découle de l'incompétence des deux Conseils a fait l'objet d'analyses qui l'ont rattachée tantôt à la théorie de l'acte de Gouvernement, tantôt à celle du non-lieu législatif, tantôt encore à l'indivisibilité de l'opération complexe.

1) La double incompétence par application de la théorie de l'acte de gouvernement a été défendue par M. Leclerc pour qui :

« la vieille théorie du mobile politique... comme critère de l'acte de gouvernement semble aujourd'hui plus vivace que jamais. La résurgence de cette théorie aurait risqué d'apparaître en pleine lumière, le Conseil d'Etat a cru "se laver les mains" en décidant le non-lieu à statuer » (51).

Cette interprétation ne peut résister à l'examen. L'acte de gouvernement ne se définit plus que par l'objet sur lequel il porte : rapports entre les pouvoirs publics ou relations avec les Etats Etrangers. Or la votation populaire qui, seule, rend inattaquable l'acte préalable au référendum, ne change pas l'objet de cet acte.

2) La théorie du non-lieu à statuer a également été invoquée et peut s'autoriser de la rédaction du dispositif même de l'arrêt Le Regroupement National. Mais elle ne s'applique que si un ou plusieurs faits nouveaux interviennent postérieurement à l'introduction de la requête pour rendre celle-ci sans objet. Or la votation populaire ne rend certainement pas le débat sans objet (52).

---

(50) M. Loïc Philip remarque ironiquement : « Ce n'est que si le "non" l'avait emporté que M. Soustelle aurait pu voir son recours pris en considération. L'argument est judicieux mais tout de même un peu paradoxal ». « Les attributions et le rôle du Conseil Constitutionnel en matière d'élections et de référendum », R.D.P. 1962.91.

(51) Note précitée, D. 1962.23.

(52) Il est en effet impossible de considérer que, par son vote, le Peuple a entendu approuver la mesure litigieuse. A cet égard la loi référendaire se différencie complètement de la loi ordinaire, à laquelle le législateur a parfois recours pour « couvrir » certaines situations ou certains actes



Cette théorie est donc totalement inadéquate.

3) De la compétence du Conseil d'Etat antérieurement au déroulement du scrutin, une partie de la doctrine a déduit qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, matière à application de la théorie de l'acte détachable ou non du référendum. C'est ainsi que pour M<sup>me</sup> Batailler (53) :

« Le juge administratif est compétent pour tous les actes préliminaires « à ce vote (référendaire), car le Conseil Constitutionnel n'a pas, dans ces « attributions, pareille tâche et le vote par le peuple ne peut être assimilé à un contrôle des actes préparatoires. Mais, une fois ce vote intervenu, l'annulation de ces actes préparatoires remettrait en cause la « décision populaire, laquelle, ayant force législative, ne peut l'être en « aucun cas. C'est donc l'existence de la décision référendaire qui bloque « la compétence du Conseil d'Etat, et non la nature de l'acte qui en était « le préliminaire. »

Cette interprétation a été définitivement consacrée par le Conseil d'Etat, dans sa décision du 29 avril 1970, Comité des chômeurs de la Marne et Le Gac (53 *bis*).

Mais que l'on applique aux actes préparatoires au référendum la théorie des actes détachables ou celle des actes s'insérant dans une opération complexe, il n'en reste pas moins que la jurisprudence des Conseils aboutit à une curieuse situation juridique. L'issue du recours pour excès de pouvoir contre les actes préparant le référendum dépend, en dernière analyse, de la célérité avec laquelle le Conseil d'Etat statuera, c'est-à-dire, pratiquement, de la bonne volonté de son Vice-Président à faire inscrire, par priorité, la requête à la prochaine délibération. Et s'il ne fallut que quelques jours à la haute Assemblée pour rendre son arrêt sur le recours de M. Brocas, on sait qu'elle mit environ un an à se prononcer sur la requête du Regroupement National.

Il y a paradoxe insurmontable à faire dépendre la compétence du juge de la rapidité de l'inscription au rôle, ce qui aboutit, en fin de compte, à mettre le justiciable dans l'incapacité de savoir s'il trouvera finalement un juge.

En l'état actuel des textes en vigueur, et quelle que soit l'in vraisemblance de la situation qui en découle, il ne peut guère en être autrement.

---

irréguliers (cf. à ce sujet M. Lesage : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la Justice » (thèse Lille, 1958).

(53) Op. cit., p. 328.

(53 bis) Rec., p. 279.

B. — Le conflit de compétence en matière de contentieux du remboursement de la caution et des frais électoraux.

Il a été démontré que la double incompétence des Conseils tient à ce que le Conseil d'Etat argue de l'impossibilité de remettre en cause les résultats de l'élection et de l'unité de juridiction du Conseil Constitutionnel, pour décliner sa compétence, alors que ce dernier refuse de statuer en se fondant sur les textes en vigueur. Cette situation constitue une anomalie flagrante, en contradiction avec les règles fondamentales du droit public français, qui postulent qu'à l'exception des actes intéressant les rapports entre les pouvoirs publics ou les relations avec les Etats étrangers, toute opération administrative puisse être déférée à un juge.

Il n'est donc pas exagéré de parler de conflit négatif, même si, comme certains l'ont fait valoir, cela suppose qu'un ordre de juridiction décline sa compétence alors qu'il était effectivement compétent. En l'occurrence le conflit négatif naît de ce que l'un des deux ordres devrait logiquement se déclarer compétent, alors qu'il s'y refuse et que l'absence d'un organe départiteur suprême — tel le Tribunal des conflits — ne permet pas de dire qui est compétent.

A défaut d'une modification des textes régissant la compétence du Conseil Constitutionnel en la matière — et singulièrement de l'article 33 de la loi organique le concernant — il a été suggéré au Conseil d'Etat d'étendre à cette matière le raisonnement qu'il avait énoncé en ce qui concerne les actes préalables au référendum et de tirer de l'incompétence du Conseil Constitutionnel, le principe de sa propre compétence à l'égard d'une opération qui ne saurait échapper à un Juge.

L'incompétence du Conseil d'Etat est d'autant moins fondée que le dessaisissement des Assemblées au profit d'un corps serein, comme le Conseil Constitutionnel, écarte le risque d'empiètement de la haute Juridiction administrative sur l'organe vérificateur dont la jurisprudence a acquis, de ce fait, une stabilité qu'elle ignorait lorsque le législateur était juge du contentieux électoral. En ce sens L. Philip a fait remarquer :

« Lorsque le contentieux des élections appartenait aux Assemblées, l'incompétence du Conseil d'Etat s'expliquait par la crainte de la haute Juridiction de pénétrer dans un domaine où elle risquait d'entrer en conflit avec le Parlement » (54).

---

(54) Cf. note précitée au D. 1962.443.

Au contraire depuis que cette matière a été confiée au Conseil Constitutionnel qui, lui, se cantonne dans le domaine bien limité de l'examen des réclamations dirigées contre l'élection des parlementaires, il n'est plus possible de maintenir le principe de l'unité du contentieux électoral en matière législative. Pour fondée qu'elle soit, cette argumentation ne répond cependant qu'à un des deux arguments invoqués par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Rebeuf : celui tiré de la nécessité de maintenir l'unité du contentieux électoral.

Quant à l'objection majeure représentée par la crainte de remettre en cause le résultat de l'élection, aucune réplique n'a pu lui être opposée (55). Sans doute a-t-on fait valoir que le Conseil d'Etat aurait pu se borner à opérer le redressement nécessaire à l'attribution à un candidat de 5 % des suffrages exprimés, nécessaires pour obtenir le remboursement de la caution, sans pour autant remettre en cause la proclamation des résultats. C'est oublier que ce seuil des 5 % permettait alors non seulement le remboursement de la caution mais aussi le maintien de la candidature au second tour, en cas de ballottage (56).

Le résultat final de l'élection se trouverait ainsi remis en cause de *facto* sinon de *jure*, puisqu'un transfert de voix s'est opéré entre les deux tours, en raison de l'élimination d'un candidat qui se voit reconnaître après coup qu'il aurait dû être autorisé à se maintenir. On ne pourrait se défendre alors de l'impression que le parlementaire a été « mal élu » et il y aurait là une situation politiquement intolérable.

Comme le Conseil Constitutionnel interprète littéralement sa compétence, il semble que seule une modification du texte même de la loi organique le régissant — et singulièrement de l'article 33 — puisse mettre fin à ce déni de justice. Car telle est bien la caractéristique de la situation juridique à laquelle on aboutit si, comme l'a fort bien défini M. Favoreu (57) :

---

(55) Certains auteurs ont avancé que le Conseil d'Etat n'aurait pas remis en cause le résultat de l'élection en accordant satisfaction à Rebeuf puisque le Parlement issu des élections auxquelles il avait été candidat, avait été dissous et qu'une nouvelle Assemblée siégeait lors du prononcé de la décision. C'est méconnaître le caractère particulier des circonstances de l'espèce et sous-estimer la portée d'une jurisprudence qui aurait pu fort bien s'appliquer un jour à une élection à une assemblée encore en fonction.

(56) Le relèvement du seuil des voix nécessaires au remboursement de la caution de 5 à 10 % en 1966, n'a modifié en rien la question.

(57) « Le déni de justice en droit public interne », *op. cit.*, p. 559.

« le déni de justice s'entend de l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir  
« application intégrale, par un juge, de la règle de droit à sa situation,  
« lorsque cette situation a subi une atteinte quelconque du fait des agis-  
« sements d'une autorité soumise à la règle de droit et que cette impossi-  
« bilité résulte d'une défaillance accidentelle dans l'organisation ou le  
« fonctionnement du système juridictionnel, défaillance s'analysant non  
« en une méconnaissance par le juge de sa mission, mais en un manque-  
« ment de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu. »





## CONCLUSION DU TITRE I

La quasi-totalité de la doctrine a dénoncé l'interprétation restrictive que le Conseil Constitutionnel a donnée de sa propre compétence. En réalité il s'agit davantage d'interprétation « stricte » que « restrictive ». Qu'il se prononce en matière juridictionnelle ou consultative, le Conseil Constitutionnel se plaît à rappeler que la Constitution a strictement délimité sa compétence (14 septembre 1961, D. 1963.17 et 6 novembre 1962, D. 1963.398) : juge d'attribution, il estime n'être investi d'aucune compétence sans texte précis. A la réflexion, les inconvénients qui découlent de ce mode d'interprétation sont finalement moindres que ceux qui eussent découlé d'une interprétation par trop extensive desdites compétences et dont l'instauration d'un Gouvernement des Juges aurait constitué l'aboutissement normal. Il en eût été certainement ainsi si, par exemple, le Conseil Constitutionnel avait accepté de contrôler la constitutionnalité de la loi adoptée par le peuple à la suite d'un référendum.

Il est loisible de déplorer que les compétences du Conseil Constitutionnel soient aussi peu étendues, mais à condition de reconnaître que la faute en est imputable aux textes et non à la Haute Instance qui s'est bornée à en faire application. Sans doute cet état de choses a-t-il abouti à deux conflits de compétences entre les Conseils, conflits auxquels il semble toutefois possible de remédier. S'agissant, d'une part, de l'incompétence du Conseil Constitutionnel en matière de contrôle des actes préalables au référendum, la compétence désormais affirmée du Conseil d'Etat et la célérité avec laquelle celui-ci s'est prononcé (arrêt Brocas précité) sont de nature à éviter un conflit de compétence entre les deux Conseils, tout en plaçant cette catégorie d'actes sous le contrôle du juge. D'autre part, les refus conjoints du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat de connaître des recours tendant au remboursement de l'indemnité versée par les candidats aux élections parlementaires, devraient logiquement conduire à une intervention législative mettant un terme à la dernière anomalie subsistant en matière de répartition des compétences entre les deux Conseils.

Enfin le contrôle convergent exercé par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat sur la délimitation des domaines de la loi et du règlement, pose des problèmes de fond, non de compétence. La dualité de jurisprudence qui découle de cette situation, ne peut se concevoir que si les Conseils réussissent à éviter les conflits de fond dont la fréquence entraînerait une instabilité et une incertitude juridiques profondes. Tout dépend donc de la jurisprudence des Conseils à cet égard. C'est à l'analyse de cette jurisprudence que seront consacrés les deux titres suivants.

## TITRE II

### LA DUALITE DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DES CONSEILS ET LA THEORIE DES SOURCES DU DROIT

Dans la détermination des sources du droit applicable, les Conseils doivent-ils se limiter à prendre en considération les seuls textes de droit positif proprement dit, tels les articles de la Constitution, ou bien peuvent-ils sanctionner des règles ne figurant pas dans le corps même de la Constitution, telles celles qui découlent des principes généraux du droit d'une part, de la Déclaration des droits de 1789 et des Préambules de 1946 et 1958 d'autre part ?

De la réponse que les deux hautes Juridictions allaient apporter à cette question, dépendait la réalisation de l'harmonie des deux jurisprudences. L'adoption par chacun des Conseils de positions divergentes quant aux sources du droit constitutionnel, qui sont extérieures au corps des articles de la Constitution, eût immanquablement entraîné des conflits de jurisprudence entre deux Juges faisant application de normes de référence différentes.

Ce titre comprendra deux chapitres :

*CHAPITRE I.* — Les Conseils et les principes généraux du droit.

*CHAPITRE II.* — Les Conseils et les déclarations de Droits et Préambules des Constitutions.





## CHAPITRE I

### LES CONSEILS ET LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Sans entrer dans le détail des nombreuses controverses doctrinales qui se sont élevées quant à l'origine et à la nature des principes généraux du droit (1), on se bornera à comparer les jurisprudences des Conseils eu égard, d'une part à l'existence et à la valeur hiérarchique de ces principes, d'autre part à leur contenu.

#### SECTION I

##### LA RECONNAISSANCE DE L'EXISTENCE DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ET LA DETERMINATION DE LEUR VALEUR JURIDIQUE

###### § 1. — *La reconnaissance de l'existence des principes généraux du droit par les Conseils*

Ce n'est qu'en 1945 que le Conseil d'Etat a expressément consacré, dans sa décision Aramu (2), l'existence des principes généraux du droit et leur a reconnu valeur de droit positif. Mais alors qu'il avait fallu près d'un siècle et demi à la haute Assemblée pour consacrer cette source de droit non écrit, le Conseil Constitutionnel adoptait cette solution dans sa décision du 26 juin 1969 (3), soit une dizaine d'année seulement après son entrée en fonction (4).

---

(1) Se reporter à Letourneur : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », E.D.C.E. 1951, p. 19 ; Jeanneau : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative » (thèse 1954) ; Morange : « Les principes généraux du droit sous la V<sup>e</sup> République », R.D.P. 1960.1188.

(2) C.E. 26 octobre 1945, Rec. p. 213, S. 1946.3.1, concl. Oden et D. 1946.148, note Morange.

(3) Rec. C.C. p. 27 et J.C.P. 1969.I.2290, note Voisset.

(4) Dans sa décision n° 69-57 L du 24 octobre 1969 (Rec. C.C., p. 32), le Conseil Constitutionnel a posé en principe que toute disposition à caractère rétroactif est nécessairement de la compétence législative. Comme

Les jurisprudences des Conseils apparaissent ainsi en parfaite harmonie quant à la reconnaissance de l'existence du pouvoir normatif du juge. Encore importe-t-il d'examiner leur concordance quant à la valeur juridique reconnue à ces principes généraux.

§ 2. — *La détermination de la valeur juridique des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes*

Le Conseil d'Etat a consacré tantôt la valeur législative des principes généraux du droit, tantôt, mais exceptionnellement leur valeur constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé en faveur de la nature législative de ces principes. D'où un risque de divergence jurisprudentielle.

A. — La valeur législative.

Devant le Conseil d'Etat, la valeur législative a été affirmée de façon beaucoup plus nette dans les conclusions des Commissaires du Gouvernement que dans les arrêts, restés généralement assez laconiques. Quant au Conseil Constitutionnel, il a affirmé d'emblée la valeur législative.

a) La doctrine des Commissaires du Gouvernement.

La consécration la plus ancienne de la valeur législative est due au Président Bouffandeau, pour qui les « principes généraux sont des :

« Règles de droit non écrites, ayant valeur législative et qui par suite  
« s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant  
« qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive » (5).

Dans ses conclusions sur l'arrêt Guyesse, le Commissaire du Gouvernement Chenot a adopté la même position :

« A ces règles, vous reconnaissez, sur toute l'étendue du territoire français, force législative. Vous estimez donc qu'elles régissent l'action du

---

la Haute Instance ne fonde cette règle sur aucun texte précis, force est de constater qu'elle ne peut se rattacher qu'à un principe général du droit, même si, en l'occurrence, il n'y est pas fait expressément référence.

(5) Cité par M. Letourneur, E.D.C.É. 1951, p. 19.

« pouvoir exécutif et que seul un texte de loi peut autoriser l'administration à s'en écarter » (6).

Et le Commissaire du Gouvernement Letourneur a conclu (7) dans l'arrêt Société des concerts du Conservatoire :

« Votre jurisprudence a depuis longtemps admis qu'à côté des lois écrites, existaient de grands principes dont la reconnaissance comme règles de droit était indispensable, pour compléter le cadre juridique dans lequel devait évoluer la Nation, étant donné les institutions politiques et économiques qui étaient les siennes, et dont la violation avait les mêmes conséquences que la violation de la loi écrite » (7).

#### b) La jurisprudence.

Les considérants des arrêts sont généralement beaucoup moins affirmatifs que les conclusions des Commissaires du Gouvernement. La haute Assemblée parle le plus souvent de « principe général qui s'impose même en l'absence de texte ». Les références expresses du Conseil d'Etat à la valeur législative des principes généraux du droit sont des plus rares. On peut toutefois relever dans un arrêt Syndicat des propriétaires des forêts de chênes-lièges d'Algérie ce considérant explicite :

« Que la disposition législative précitée, autorise le Gouvernement à déroger tant à des dispositions de lois expresses, qu'à des principes généraux du droit ayant valeur législative » (8).

Cette réticence relative à parler nettement de la « valeur législative » des principes généraux du droit devrait disparaître avec la jurisprudence récente du Conseil Constitutionnel.

c) Dans sa décision du 26 juin 1969, le Conseil Constitutionnel s'est exprimé en des termes dépourvus de toute ambiguïté :

---

(6) C.E. 4 février 1944, R.D.P. 1944.158, concl. Chenot, note Jèze.

(7) C.E. 9 mars 1951, D.S. 1951.368, concl. Letourneur et note Rivero.

(8) C.E. 7 février 1958, Rec. p. 74; cf. également 19 février 1960 Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants, Rec. p. 129.



« Considérant que d'après un principe général de notre droit le silence « gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce il « ne peut y être dérogé que par une décision législative ».

Ainsi le Conseil Constitutionnel s'est-il aligné sur la Jurisprudence du Conseil d'Etat et a même recouru à une rédaction plus explicite que celle généralement adoptée par la haute Assemblée. Pourtant une partie de la doctrine a soutenu que la haute Assemblée avait consacré la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit et que les deux hauts Conseils se trouvaient en désaccord absolu.

## B. — La valeur constitutionnelle.

### a) Le fondement jurisprudentiel.

Dans son célèbre arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, le Conseil d'Etat s'est exprimé en ces termes à propos des pouvoirs que le Président de la République exerçait en tant que législateur colonial, sous l'empire de la Constitution de 1946 :

« que dans l'exercice de ces attributions, il était tenu de respecter, d'une « part, les dispositions de lois applicables dans les territoires d'outre- « mer, d'autre part les principes généraux du droit qui, résultant notam- « ment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité « réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives » (9).

Cette décision, qui ne consacrait que la soumission des actes réglementaires aux principes généraux du droit, a pourtant été considérée par certains représentants de la doctrine comme marquant la reconnaissance par la jurisprudence de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit.

### b) La tentative de consécration doctrinale de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit.

La théorie de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit (10) a été systématisée par M<sup>me</sup> Batailler :

---

(9) C.E. 26 juin 1959, S. 1959.392, note Drago. — D. 1959.541, note Lhuillier. — R.D.P. 1959.1004, concl. Fournier. — A.J.D.A. 1959.I.153, Chr. Combarrous et Galabert. — R.A. 1959.381, note Georgel.

(10) Sur cette théorie cf. notamment R. Drago, note précitée au S. 1959. 202 et J. Georgel, note précitée R.A. 1959.381.

« Avec la Constitution de 1958, leur valeur législative ne suffisait plus  
« pour faire respecter ces principes par les autorités administratives et  
« le juge dût alors leur reconnaître valeur constitutionnelle » (11).

Si cette interprétation devait être retenue, les deux jurisprudences seraient en conflit, le Conseil Constitutionnel consacrant la valeur législative et le Conseil d'Etat la valeur constitutionnelle.

En réalité, il n'en est rien.

C. — La valeur hiérarchique reconnue aux principes généraux du droit par les Conseils ne donne lieu à aucun conflit de jurisprudence.

Il en est ainsi, d'une part, parce que le Conseil d'Etat n'a jamais accordé valeur constitutionnelle aux principes généraux du droit, en dépit de la rédaction de l'arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils, et, d'autre part parce que le Conseil Constitutionnel a pris soin de préciser, dans sa décision du 26 juin 1969, que la valeur législative des principes généraux n'était établie qu'en « l'espèce », c'est-à-dire eu égard au principe général en cause en l'occurrence.

a) Une analyse un tant soit peu poussée de l'arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils démontre que le Conseil d'Etat n'a pas entendu consacrer globalement le caractère constitutionnel des principes généraux du droit. Ceci résulte à l'évidence des conclusions du Commissaire du Gouvernement Fournier, qui établit une distinction entre *la source*, l'origine de certains principes généraux qui peut être constitutionnelle, et leur *force juridique* :

« Vous constatez que certains principes fondamentaux découlent directement ou indirectement des déclarations constitutionnelles : ils s'imposent ainsi à l'autorité réglementaire, même lorsqu'elle n'est pas limitée par la loi » (12).

b) Le recours à la force constitutionnelle des principes généraux n'a donc d'autre but que de soumettre le Gouvernement au contrôle juridictionnel dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome que lui reconnaît l'article 37 de la Constitution. La même conclusion se déduit, paradoxalement, d'une étude de M. Braibant (13) qui visait

---

(11) Op. cit., p. 128.

(12) Concl. précitées, R.D.P. 1959.1004.

(13) « L'arrêt syndicat général des ingénieurs conseils et la théorie des principes généraux du droit », E.D.C.E. 1962, p. 67.

pourtant à démontrer que, par cet arrêt, le Conseil d'Etat avait entendu transférer les principes généraux du plan législatif au plan constitutionnel. Or, cet auteur est forcé d'admettre que l'idée d'un tel transfert « paraît trop contraire à nos idées juridiques et à la pratique actuelle pour être accueillie en droit positif » (14). Et M. Odent de souligner qu'aucun de ces principes n'a, pour le Conseil d'Etat, une valeur supérieure à celle de la loi (15). Ainsi en consacrant la valeur législative des principes généraux du droit, le Conseil Constitutionnel ne se trouve nullement en opposition avec la jurisprudence dominante du Conseil d'Etat.

## SECTION II

### LE CONTENU DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

#### § 1. — *La position du Conseil Constitutionnel*

En décidant que la règle suivant laquelle le silence gardé par l'administration pendant un délai de quatre mois vaut décision de rejet, a valeur de principe général de droit, le Conseil Constitutionnel a paru élever au rang de cette norme une simple règle procédurale établie par la loi écrite (16). Mais la haute Instance a pris soin de préciser que sa solution était limitée à l'espèce dont elle était saisie et qui concernait la législation sur les monuments historiques et les sites. Rien n'autorise donc à systématiser ce cas d'espèce

---

(14) M. Chapus a parfaitement démontré qu'il n'était nullement nécessaire de faire appel à la Constitution pour que les principes généraux s'imposassent au pouvoir réglementaire, même autonome. Il a, par ailleurs, proposé de reconnaître aux principes généraux une valeur inférieure à la loi, mais supérieure au décret. Cette distinction subtile ne constitue cependant pas une différence par rapport à la consécration de la valeur législative des principes généraux du droit, quant à la force juridique de ceux-ci. Le principe général étant alors, comme la loi, subordonné à toute loi postérieure (« de la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif », D. 1966, Chr. p. 109).

(15) Op. cit., tome V, p. 1349 (éd. 1970-71). Le Conseil d'Etat a toujours appliqué cette règle strictement. C'est ainsi que la méconnaissance d'un principe général du droit ne peut être utilement invoquée pour contester la légalité d'un règlement édicté par une autorité administrative en vertu des pouvoirs qu'un texte législatif lui a conférés (28 octobre 1960, Syndicat autonome des médecins biologistes français, Rec. p. 572).

(16) La loi du 17 juillet 1900, modifiée par la loi du 7 juin 1956, elle-même modifiée par le décret du 15 janvier 1965.

pour en faire une solution de principe. Seule la jurisprudence ultérieure du Conseil Constitutionnel permettra de connaître la portée exacte de la décision du 26 juin 1969, quant au contenu des principes fondamentaux du droit en la matière.

## § 2. — *La position divergente du Conseil d'Etat*

### A. — La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat.

Dès 1929, le Conseil d'Etat avait refusé d'étendre aux juridictions de pensions la règle du rejet implicite tirée du silence gardé par l'administration pendant un délai de quatre mois (17). Cette règle n'a jamais été considérée par la jurisprudence administrative comme ayant valeur de principe général du droit (18). La décision du Conseil Constitutionnel allait-elle conduire le Conseil d'Etat à infléchir sa jurisprudence à cet égard ?

### B. — L'arrêt Commune de Bozas et la fidélité du Conseil d'Etat à sa position traditionnelle.

Dans son arrêt Commune de Bozas (19), rendu postérieurement à la décision du Conseil Constitutionnel, le Conseil d'Etat a estimé qu'il appartient au pouvoir réglementaire de décider si l'inertie ou le silence de l'administration, lorsqu'il en résulte une décision, a un effet positif ou négatif.

La divergence qui est ainsi apparue entre les Conseils porte donc sur des nuances et non sur le fond même du droit. Que le Conseil Constitutionnel ait explicitement entendu limiter la portée de sa solution à l'espèce en cause, exclut d'ailleurs l'existence d'un véritable conflit de jurisprudence.

---

(17) C.E. 8 mars 1929, Aubagnac, Rec. p. 274.

(18) On n'en trouve mention dans aucun des ouvrages précités sur les principes généraux du droit, ni dans la longue liste de principes généraux dressée par M. Odent (op. cit., tome V, éd. 1970-71, pp. 1350 et ss.).

(19) C.E. 27 février 1970, Rec. p. 139).





## CHAPITRE II

### LES CONSEILS ET LES PREAMBULES DES CONSTITUTIONS ET DECLARATIONS DE DROIT

#### SECTION I

#### L'AMBIGUITE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT

L'incertitude prévaut quant à la valeur juridique intrinsèque tant des Déclarations de Droits que des Préambules.

##### § 1. — *Le Conseil d'Etat et les Déclarations de Droits*

En pratique la haute Juridiction consacre certains principes contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme en leur accordant une valeur juridique certaine (1). Mais en théorie, elle s'est toujours refusée à fonder explicitement ses décisions sur ces Déclarations. C'est que celles-ci, comme le souligne M. Jeanneau, « traduisent un certain état de conscience collective » (2). Les Constitutions de 1946 et 1958 s'y sont d'ailleurs référées expressément dans leur Préambule. C'est donc à l'étude de la valeur juridique de ceux-ci qu'il faut procéder.

##### § 2. — *Le Conseil d'Etat et les Préambules des Constitutions*

##### A. — Le Préambule de 1946.

La position de la haute Assemblée était d'autant plus malaisée que le Préambule de 1946, dépourvu d'unité, comprenait trois types

---

(1) Il en va, par exemple, ainsi de l'égalité des citoyens devant les règlements (7 mars 1911, Roubeau, R.D.P. 1911.118, note Jèze), devant l'impôt (24 mars 1922, Chambre syndicale des fabricants d'eau gazeuse de Paris, R.D.P. 1922.247, concl. Rivet), dans la fonction publique (10 mai 1912, Abbé Bouteyre, Rec. p. 553), en matière d'usage d'un service public (29 décembre 1911, Chomel, Rec. p. 1295).

(2) « Les principes généraux du droit », p. 137 (thèse, 1954).

de règles : La Déclaration des Droits de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes particulièrement nécessaires à notre temps (3).

Longtemps le juge administratif a refusé de se référer expressément au Préambule, même quand il faisait application de certaines de ces dispositions (4). Par la suite, tout en se référant expressément au Préambule, il n'a pas pris position sur la valeur juridique de celui-ci. Ceci apparaît très nettement dans les conclusions des Commissaires du Gouvernement. C'est ainsi que M. Gazier concluant sous l'arrêt Dehaene remarquait :

« Notre droit public ne regarde pas les dispositions formulées dans les « Déclarations des Droits ou les Préambules des Constitutions... comme « des prescriptions juridiques de nature constitutionnelle ni même législative. Sans leur dénier pour autant toute force légale positive, puisque « aussi bien elles sont l'expression particulièrement solennelle de la « volonté nationale, on y voit généralement des principes fondamentaux « qui doivent inspirer tant l'action législative que celle du Gouvernement « et de l'Administration.

« Le juge se doit d'en imposer le respect tout en conservant dans le « contrôle de leur application une plus grande liberté qu'à l'égard des « textes législatifs ou constitutionnels ordinaires dont l'interprétation est « soumise à des principes plus stricts » (5).

M. Donnedieu de Vabres affirmait de même dans ses conclusions sous l'arrêt Teissier :

« Ces déclarations de principe n'ont pas la valeur absolue de prescriptions législatives, et ne sont pour le juge que des indications qui laissent « place à des distinctions et des constructions jurisprudentielles » (6).

Ce n'est qu'en 1956, avec l'arrêt Amicale des Annamites de Paris (7) que le Conseil d'Etat fait expressément de la violation du Préambule, la base juridique de l'annulation, empruntant à cet égard la voie

---

(3) Cf. à ce sujet : J. Rivero et G. Vedel : « La Constitution de 1946 et les droits économiques et sociaux », Collection Droit Social (Cahier XXXI, p. 21).

(4) Cf. par exemple, sur la sanction du principe d'égalité devant la loi : 30 janvier 1948, Syndicat départemental des industriels en lentilles, Rec. p. 42 et 28 mars 1953, consorts Fauchaux, Rec. p. 166.

(5) R.D.P. 1950.691.

(6) D. 1953.735.

(7) 11 juillet 1956, Rec. p. 317. La Haute Assemblée confirmait sa jurisprudence l'année suivante, par son arrêt Condamine.

ouverte par les tribunaux judiciaires. La rédaction de cet arrêt dispose en effet toutes les incertitudes.

« Considérant qu'aux termes de l'article 81 de la Constitution de la République française : "Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française... »

## B. — Le Préambule de 1958.

Après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le Conseil d'Etat a expressément reconnu la valeur constitutionnelle du Préambule, dans ses arrêts Eky (8) et Martial de Laboulaye (9). Mais la rédaction de ces deux décisions fait apparaître que si le Préambule a désormais valeur de droit positif, le Conseil d'Etat n'abandonne pas la mention des principes généraux du droit. Dans l'arrêt Martial de Laboulaye, il s'exprime même en ces termes :

« Les dispositions... n'ont apporté à aucun des autres principes généraux du droit garantis notamment par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, une atteinte de nature à entâcher d'illégalité les dispositions dont s'agit. »

Pour le Conseil d'Etat la valeur juridique du Préambule est donc dérivée des principes généraux du droit et n'est nullement intrinsèque.

## § 2. — *La consécration définitive de la valeur juridique des Préambules et Déclarations de Droit par le Conseil Constitutionnel*

Il devait appartenir au Conseil Constitutionnel de franchir le pas décisif en décidant que les Préambules et Déclarations de Droit

---

(8) C.E. 22 février 1960, J.C.P. II.11629 *bis*, note Vedel; S. 1960.3.131, concl. Kahn; D. 1960.J.264, note Lhuillier et S. 1960. Chr. 63 note Bourdoncle.

(9) C.E. 28 octobre 1960, D. 1960.31, note de Laubadère; A.J. 1961.I.20, concl. Heumann; D.S. 1961.141, concl. Heumann et note Teitgen.



avaient, *par eux-mêmes*, force juridique et que point n'était besoin de faire appel aux principes généraux du droit pour fonder leur valeur constitutionnelle. Sa fameuse décision du 16 juillet 1971 (10), sans rompre avec la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, a le mérite de lever toutes les incertitudes que celle-ci n'avait pas réussi à dissiper depuis l'entrée en vigueur de la constitution de 1946. A cet égard, l'apport du Conseil Constitutionnel est double : la haute Instance a consacré en effet tant l'appartenance du Préambule à la Constitution de 1958, que le rattachement de la Déclaration de 1789 aux Préambules de 1946 et 1958.

Sans doute, dès sa décision du 19 juin 1970 (11), la haute Instance avait-elle visé le Préambule de la Constitution de 1958, mais sans que les considérants aient fondé nettement la décision en cause sur ce texte. La décision du 16 juillet 1971 est sans équivoque eu égard à la question posée au Conseil Constitutionnel (12) :

« Vu la Constitution, et notamment son préambule »

Comme le remarque M. Rivero :

« Si le turc est selon M. Jourdain une langue qui dit beaucoup de choses « en peu de mots, le français de cette ligne ne lui cède en rien » (13).

Le premier considérant est tout aussi explicite :

« Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association. »

La référence expresse aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » consacre l'intégration du Préambule de

---

(10) J.O. 1971, p. 7114, Rec. C.C., p. 29. Cf. également l'addendum.

(11) Rec. C.C., p. 15.

(12) Il s'agissait de savoir si la constitution d'associations prévues par la loi de 1901 pouvait être valablement soumise à un régime préventif qui eût été substitué au régime répressif s'exerçant *a posteriori*.

(13) « La garantie par le Conseil Constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, des libertés proclamées par le Préambule de la Constitution » (A.J.D.A. 1971.537).

1946, et, par là même de la Déclaration de 1789, au corps même de la Constitution de 1958. Ces textes ont donc la même valeur constitutionnelle en droit positif que les articles de la Constitution actuelle (14).

Pour que le principe de la suprématie de la Constitution par rapport à la loi trouve enfin une sanction juridictionnelle, il fallait qu'un juge acceptât de connaître de la loi. Le Conseil Constitutionnel a depuis 1958, une telle compétence. Par sa décision du 16 juillet 1971, il a consacré la reconnaissance définitive de la valeur constitutionnelle des Préambules et Déclarations de Droit, auxquels le Conseil d'Etat s'était référé à plusieurs reprises, sans pouvoir toutefois faire prévaloir ceux-ci sur la loi dont il était insusceptible d'être saisi.

Si la consécration par le Conseil Constitutionnel de la valeur constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est de nature à créer des problèmes délicats quant à la détermination de celles des lois qui ont reconnu ces principes fondamentaux et, par voie de conséquence, quant à la distinction des matières constitutionnelles et législatives, rien n'est, de ce fait, susceptible d'affecter les rapports entre les jurisprudences des deux Conseils. Le Conseil d'Etat reste en effet, en toute hypothèse, incompétent pour juger de la constitutionnalité des lois.

A la différence de ce qui a été relevé en matière de principes généraux du droit, les jurisprudences des Conseils ne peuvent se contredire relativement au contenu des Préambules et Déclarations des Droits.

---

(14) Ceci mérite d'autant plus d'être souligné que l'article 92 de la Constitution de 1946 excluait expressément du contrôle de constitutionnalité exercé par le Comité Constitutionnel, l'examen de la conformité au Préambule de la Constitution; cf. à ce sujet J. Rivero : article précité et les articles de J. Robert : « Les libertés publiques et la justice » (Le Monde du 10 juillet 1971) et O. Dupeyroux : « La loi de 1901 et le destin du Conseil Constitutionnel » (Le Monde du 12 juillet 1971).



## CONCLUSION DU TITRE II

La position que le Conseil Constitutionnel a adoptée en matière de sources du droit paraît aussi hardie que constructive.

Alors qu'il avait fallu près d'un siècle et demi au Conseil d'Etat pour consacrer la valeur de droit positif des principes généraux du droit, c'est en une dizaine d'années seulement que le Conseil Constitutionnel a opéré une telle reconnaissance. En posant expressément que ces principes ont valeur législative, la haute Instance se trouve en accord avec la jurisprudence dominante du Conseil d'Etat, tout en contribuant à dissiper les incertitudes dues à la rédaction de certaines décisions rendues par ce dernier. Si le contenu de ces principes reste à déterminer et si tout malentendu entre les Conseils ne semble pas encore définitivement surmonté à cet égard, l'harmonisation ultérieure des deux jurisprudences ne devrait cependant se heurter à aucune difficulté majeure.

De même, le Conseil Constitutionnel a confirmé et complété la jurisprudence du Conseil d'Etat relativement aux Préambules des constitutions et aux Déclarations de Droits. La haute Juridiction administrative reconnaissait la valeur juridique de cette source de droit, mais en tant que reposant sur les principes généraux du droit. En consacrant la valeur constitutionnelle intrinsèque des Préambules et Déclarations de Droits, la haute Instance a levé les incertitudes que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'avait pas entièrement dissipées quant à la nature et au rang de cette source du droit dans la hiérarchie des normes.

Audacieuse mais raisonnée, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en matière de sources du droit, a évité tout conflit de fond avec le Conseil d'Etat.





### TITRE III

#### LA DUALITE JURISPRUDENTIELLE NEE DES CONVERGENCES DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DES CONSEILS

C'est donc sur la délimitation des domaines de la loi et du règlement que s'exerce le contrôle juridictionnel commun des Conseils. Cette délimitation, qui ne peut donner lieu qu'à un seul tracé séparant les deux domaines, est l'œuvre de deux organes différents. Il est par conséquent du plus haut intérêt d'examiner comment ces deux organes s'efforcent de dégager une jurisprudence harmonieuse et, dans quelle mesure, ils y réussissent en évitant les divergences jurisprudentielles. C'est donc à une comparaison des deux jurisprudences, matière par matière, qu'il sera procédé. A cet effet, on distinguera l'analyse comparée des jurisprudences en matière de fixation des règles d'une part, de détermination des principes fondamentaux et des garanties fondamentales d'autre part. Ces divers concepts feront l'objet de quelques développements préliminaires.

Ce titre contiendra donc trois chapitres :

*CHAPITRE PRELIMINAIRE.* — Les notions de règles, de principes fondamentaux et de garanties fondamentales.

*CHAPITRE I.* — La jurisprudence des Conseils en matière de fixation des règles.

*CHAPITRE II.* — La jurisprudence des Conseils en matière de détermination des principes fondamentaux et des règles relatives aux garanties fondamentales.



## CHAPITRE PRELIMINAIRE

### LES NOTIONS DE REGLES, DE PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DE GARANTIES FONDAMENTALES

« La Constitution de 1958 est peut-être le texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle » (1), a proclamé un juriste pourtant peu suspect d'hostilité au régime qu'elle a institué. Rien ne vérifie mieux cette assertion que la rédaction de l'article 34 dont les remaniements successifs n'ont guère amélioré la clarté, ni la précision. S'il paraît à peu près acquis que la répétition relative à « la loi fixe également les règles », résulte simplement d'une mauvaise rédaction (2), il s'est, en revanche, posé d'emblée un problème quant à la différence qui peut exister entre le fait de fixer des règles et de déterminer des principes fondamentaux. La lecture des travaux préparatoires ne fournit aucune indication précise sur le sens qui peut être attribué à la fixation des règles et à la détermination des principes fondamentaux. Seul le *Littré* suggère une première approximation de la différence existant entre ces deux notions : « Fixer les règles équivaut à préciser les règles de même que l'on fixe ou que l'on précise la valeur de la monnaie », alors que déterminer les principes fondamentaux consiste « à édicter des normes générales à partir desquelles d'autres normes pourront être prises ». Dans le premier cas, il s'agirait d'une intervention précise et détaillée ; dans le second, de la simple élaboration d'un cadre à partir duquel le pouvoir exécutif pourra fixer les règles (3). La compétence du législateur devrait donc être pleine et exclusive lorsqu'il intervient dans le domaine où il est habilité à fixer les règles, mais partielle seulement lorsqu'il se borne à déterminer les principes fondamentaux.

---

(1) René Capitant, préface à L. Hamon : « De Gaulle dans la République », p. XIV (1958).

(2) M. Waline y voit des « énigmes imaginaires » (« Les rapports entre la loi et le règlement », R.D.P. 1959, p. 713).

(3) Le caractère incohérent, voire absurde de cette distinction a été dénoncé par de nombreux auteurs ; cf. notamment J. de Soto : « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959.279 et P. Durand : « La décadence de la loi dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République » (J.C.P. 4 février 1959).



Toutefois l'examen des alinéas 2 et 3 de l'article 34 autorise également une autre interprétation. Selon celle-ci le législateur ne prescrirait pas toutes les règles concernant une matière mais simplement ce qui est important, « fondamental » dans une matière déterminée. Il n'y aurait alors aucune différence entre la fixation des règles et la détermination des principes fondamentaux. Cette exégèse de l'article 34 s'autorise de l'insertion du mot « fondamental » dans les trois parties du texte constitutionnel. De surcroît, attribuer au législateur la détermination des crimes et délits, à l'exclusion des contraventions, la création de nouveaux ordres de juridiction et celle de catégories d'établissements publics, c'est lui reconnaître une compétence s'exerçant essentiellement dans les secteurs fondamentaux de ces matières.

En présence d'une rédaction aussi équivoque, il appartenait aux Conseils de préciser les notions de règles, de principes fondamentaux et de garanties fondamentales ou, à tout le moins, de délimiter l'étendue de ce qu'elles contiennent. Et finalement les deux juridictions allaient définir ces concepts à partir de critères étroitement comparables, réalisant ainsi une condition indispensable à l'harmonie de l'ensemble de leur jurisprudence touchant à la distinction des domaines de la loi et du règlement.

## SECTION I

### LA FIXATION DES REGLES

Si la loi fixe les règles, elle ne peut manquer de déterminer les principes fondamentaux. Ceci établi, il faut définir le sens de l'expression « la loi fixe les règles ». Signifie-t-elle que la loi fixe toutes les règles et jouit par conséquent d'un pouvoir inconditionné ? » Si, au contraire, une interprétation plus restrictive prévaut, quels seront les critères de l'appartenance au domaine de la loi ?

#### § 1. — *La loi ne fixe pas toutes les règles*

L'interprétation restrictive de la compétence législative se fonde tant sur le texte de l'article 34 que sur l'esprit de la Constitution.

A. — Les restrictions imposées à la compétence législative par l'article 34.

Cette disposition constitutionnelle, après avoir différencié les règles des principes fondamentaux, insère le terme « fondamental » sous

la rubrique des règles et limite la fixation desdites règles à certaines d'entre elles. C'est ainsi que la loi fixe les règles afférentes aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ainsi qu'aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat. Par ailleurs, s'agissant d'autres matières, la loi ne détermine pas toutes les règles, mais seulement une partie d'entre elles, telles celles qui touchent à la création de nouveaux ordres de juridiction ou de catégories d'établissements publics. Pour certaines matières, la compétence du législateur se trouve donc limitée par le texte lui-même. Il est toutefois un autre facteur de restriction de la compétence législative qui s'applique indistinctement à toutes les matières visées par l'article 34 : l'esprit de la Constitution.

#### B. — L'esprit de la Constitution.

Bien qu'antérieurement à la mise en vigueur de la Constitution de 1958, le champ de compétence du législateur fut illimité, il était d'usage que celui-ci renvoyât au pouvoir réglementaire le soin de prendre les mesures d'exécution destinées à assurer l'application des lois par lui votées. Il aurait donc été pour le moins surprenant que la Constitution de 1958, qui tend tout entière à l'abaissement du pouvoir législatif, eût eu pour conséquence, par l'entremise de l'article 34, d'accorder au législateur des pouvoirs plus étendus encore que ceux que lui avait conférés la pratique antérieure.

L'esprit de la Constitution postulait donc que les Conseils prennent en considération l'état de droit antérieur à la Constitution de 1958.

#### § 2. — *La double limitation du domaine de la loi en matière de création de règles*

Les Conseils ont procédé à l'intérieur même des matières relevant du domaine législatif, à une double limitation de la compétence parlementaire en matière de détermination des règles. D'une part le législateur ne peut fixer que les dispositions mettant en cause ces règles, à l'exclusion de celles qui les mettent en œuvre. D'autre part ses compétences sont restreintes par les limitations antérieures que le législateur s'était imposé afin de permettre les interventions nécessaires du pouvoir réglementaire.

#### A. — La distinction de la mise en cause et de la mise en œuvre.

La limitation de la compétence législative à un certain nombre de matières déterminées n'avait-elle pas pour corollaire une compé-

tence pleine et entière du législateur dans ces matières ? Telle était notamment la thèse soutenue par M. Kahn, dans ses conclusions sur l'arrêt Daunizeau (4). Le Conseil d'Etat s'est refusé à suivre son commissaire du Gouvernement à cet égard. Il a, au contraire, jugé que la détermination du ressort et de la composition d'un ordre de juridiction relevait du pouvoir réglementaire. Le Conseil Constitutionnel a, à de nombreuses reprises, formulé cette solution en termes très explicites. S'agissant, par exemple des règles concernant les droits civiques, il a décidé que seules les dispositions touchant à la détermination des catégories de citoyens autorisés à voter par procuration ressortissaient au domaine législatif ;

« les trois autres tendant uniquement à déterminer dans le cadre des « principes qui les inspirent les conditions pratiques d'exercice du droit « de vote par procuration, ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire » (5).

De même, la haute Instance a encore jugé que si la création de tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale, ressortit au domaine législatif, « la détermination du nombre, du siège et du ressort de chacune des juridictions créées dans le cadre des principes définis par la loi est de la compétence réglementaire » (6).

Toute la jurisprudence ultérieure du Conseil Constitutionnel, comme celle du Conseil d'Etat (7), confirme que le législateur voit sa compétence réduite à la détermination des règles essentielles ou fondamentales, c'est-à-dire à celles des dispositions qui, comme l'indique M. de Laubadère, « par l'importance de leurs incidences ont un caractère déterminant à l'égard de la règle » (8).

Ainsi, un important facteur de concordance des jurisprudences des Conseils apparaît avec leur reconnaissance commune de la distinction de la mise en cause des règles et de leur mise en œuvre, distinction fondée sur le degré d'importance des dispositions litigieuses et qui réserve au législateur la connaissance de la seule mise en cause des règles.

---

(4) R.P.D.A. 1961.73 et A.J.D.A. 1961.75.

(5) C.C. 3 mai 1961, Rec. C.C., p. 36, S. 1961.349, note Hamon.

(6) Décision du 18 juillet 1961, Rec. C.C. p. 38, D. 1961.541, note Hamon.

(7) Pour des exemples de rédaction particulièrement explicite cf. notamment : 13 juillet 1962, Conseil National de l'Ordre des médecins, R.D.P. 1962.762 et 18 nov. 1964, Martin, A.J.D.A. 1965, n° 95, p. 297.

(8) Observations sous trois arrêts du Conseil Constitutionnel A.J.D.A. 1965, n° 17, p. 100.

B. — La prise en considération des limitations imposées au législateur par l'état de droit antérieur.

C'est à propos de la détermination des principes fondamentaux, que le Conseil Constitutionnel a forgé la notion de limitations de portée générale introduites par la législation antérieure (9). Transposée à la fixation des règles, cette notion fait dépendre la détermination des domaines de compétence de l'existence antérieure d'un organe ou d'une institution. Ainsi, dans sa décision du 27 novembre 1959 (10), le Conseil Constitutionnel a admis que la R.A.T.P. constitue une catégorie d'établissement public, dont il appartient au législateur de fixer les règles, parce que cet établissement public est « sans équivalent sur le plan national ». Or, comme le remarque très justement M. Cohen (11) :

« Une telle expression fait manifestement appel à la même idée que celle de la législation antérieure invoquée à propos des principes fondamentaux. Sans équivalent sur le plan national veut dire sans précédent dans la législation antérieure. »

Le Conseil d'Etat a également fait application de cette notion à de nombreuses reprises. Il a ainsi estimé que la création d'un tribunal militaire à compétence spéciale (12) et l'institution d'une section d'assurances sociales au sein du conseil régional de discipline de l'ordre des médecins (13) relevaient de la compétence législative.

Dans la délimitation des domaines législatif et réglementaire en matière de règles, les deux Conseils ont donc adopté une méthode et des critères identiques.

## SECTION II

### LA DETERMINATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DES GARANTIES FONDAMENTALES

La même harmonie jurisprudentielle se retrouve en ce qui concerne la détermination des principes fondamentaux et des garanties fon-

---

(9) Décision n° 59-1 F.N.R. du 27 novembre 1959, Rec. C.C., p. 71.

(10) Décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959, Rec. C.C., p. 67.

(11) « La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution ». R.D.P. 1963.755.

(12) C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, A.J.D.A. 1962, p. 224.

(13) C.E. 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, R.D.P. 1962.762.



damentales. Les deux Conseils ont, en effet, choisi d'ignorer l'interprétation littérale du texte constitutionnel pour adopter les mêmes critères qu'en matière de fixation des règles, tout en insistant cependant plus fortement sur les limitations de portée générale à la compétence législative, introduites par la législation antérieure.

§ 1. — *Une délimitation empruntée à celle dégagée  
en matière de fixation des règles*

L'interprétation littérale de l'article 34 conduisait logiquement à considérer qu'en matière de détermination des principes fondamentaux et des garanties fondamentales, le législateur n'était compétent que pour fixer celles des dispositions qui, eu égard à leur importance, présentait un caractère essentiel pour la matière en cause. Or cette interprétation a été résolument écartée par les Conseils qui ont repris la distinction de la mise en cause et de la mise en œuvre, dégagée en matière de fixation des règles, sans pour autant apprécier plus restrictivement l'étendue de ce qui relève des principes fondamentaux et de garanties fondamentales qu'en matière de règles.

A. — La reprise de la distinction mise en cause - mise en œuvre.

L'extension de cette distinction aux principes fondamentaux a été posée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 novembre 1959 (14).

« Considérant que les dispositions de l'article 34, 4<sup>e</sup> alinéa, de la Constitution réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux  
« concernant les matières énumérées par ce texte, qu'il résulte des termes  
« mêmes de ces dispositions et du rapprochement qui doit en être fait  
« avec ceux des alinéas 2 et 3 du même article que la Constitution n'a  
« pas inclus dans le domaine de la loi la fixation des règles nécessaires  
« à la mise en œuvre de ces principes fondamentaux dans les matières  
« dont s'agit. »

Il restait à la jurisprudence ultérieure à préciser l'étendue qu'elle entendait donner en l'occurrence à la mise en cause des principes fondamentaux et des garanties fondamentales.

---

(14) Décision n° 59 — 1 F.N.R., précitée.

B. — L'étendue des matières mises en cause par la détermination des principes fondamentaux et des garanties fondamentales est comparable à celle des matières dont la fixation relève de la loi :

La jurisprudence des Conseils a interprété de façon extensive l'étendue des matières mises en cause par les principes fondamentaux et les garanties fondamentales, chaque fois que l'existence d'un droit est en jeu. Elle se fonde sur l'idée que lorsque l'existence d'un droit est dans le domaine de la loi, le principe de sa possibilité pratique d'exercice ne peut en être exclu (15). Les Conseils ont été ainsi amenés à consacrer le caractère législatif de la détermination de chaque catégorie de bénéficiaires d'un droit donné et de chaque catégorie de droits et d'avantages (16). Il en est résulté une interprétation large du domaine législatif tant en matière de garanties fondamentales que de principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale, d'une part, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales d'autre part (17).

§ 2. — *Les limitations de la compétence législative introduites par la législation antérieure*

C'est dans sa décision du 27 novembre 1959 (18) que le Conseil Constitutionnel a posé la règle selon laquelle en matière de principes fondamentaux, il y a lieu de prendre en considération

« les limitations de portée générale qui y ont été introduites par la « législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique. »

Bien que ce critère singulièrement limitatif de la compétence législative ait été critiqué par le Commissaire du Gouvernement Fournier dans ses conclusions sous l'arrêt Karle (19), le Conseil d'Etat

---

(15) C.C. 3 mai 1961 et 4 décembre 1962, Rec. C.C. 1961, p. 36 et 1962, p. 34.

(16) C.C. 8 juillet 1960, Rec. C.C., p. 34 et 7 avril 1960, Rec. C.C., p. 39, S. 1961.103. — C.E. 22 novembre 1963, Fédération nationale des malades, infirmes et paralysés, Rec., p. 566.

(17) Cf. ci-dessous les développements spécialement consacrés à ces matières, pp. 268-282.

(18) Décision n° 59-1 F.N.R., précitée.

(19) C.E. 18 mai 1960, Rec. p. 333.

s'y est rallié avec son arrêt **Martial de Laboulaye** (20). Par la suite, cette interprétation a également été étendue à la détermination des garanties fondamentales (21).

---

(20) C.E. 28 octobre 1960, Rec. p. 570, A.J.D.A. 1961.20, concl. Heumann.

(21) C.C. 18 décembre 1964, Rec. C.C. p. 29.

## CHAPITRE I

### LA JURISPRUDENCE DES CONSEILS EN MATIERE DE FIXATION DES REGLES

L'analyse comparée de la jurisprudence des Conseils en matière de fixation des règles, sera entreprise matière par matière, en suivant l'ordre du texte constitutionnel. Bien que la répétition relative à « la loi fixe également », soit dépourvue de signification juridique, elle constitue en l'occurrence un mode de division commode du présent chapitre dont on usera pour la clarté de l'exposé. Celui-ci s'efforcera surtout de mettre en relief, à propos de chaque matière, les concordances ou, au contraire les divergences des deux jurisprudences.

#### SECTION I

#### LES REGLES ENONCEES PAR LES QUATRE PREMIERES RUBRIQUES DE L'ARTICLE 34

§ 1. — *Les droits civiques ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens*

##### A. — Les droits civiques.

Les quelques décisions rendues en matière de droits civiques ayant trait aux droits électoraux, l'étude de la jurisprudence des Conseils à cet égard est inséparable de celle qui se rapporte au régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales, à laquelle il est fait renvoi (section II, § 1, ci-dessous).

##### B. — Les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens.

*Stricto sensu*, ces sujétions comprennent d'une part les restrictions des libertés publiques imposées par la Défense nationale — telles que formulées par les prescriptions de police — et d'autre part l'extension des charges publiques, c'est-à-dire les prestations générales



et particulières exigées par la Défense nationale. Mais comme il était logique de le supposer (1), la jurisprudence y a également inclus la détermination des modalités de la réparation éventuelle de ces sujétions.

1) La restriction des libertés publiques et l'extension des charges publiques.

Cette matière en recoupe d'autres et notamment celles qui ont trait aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ainsi qu'aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat et aux principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense nationale. A l'état pur, elle n'a cependant fait à ce jour l'objet d'aucune décision d'importance. Il n'en va pas de même de la détermination des modalités de la réparation éventuelle de ces sujétions.

2) Par une interprétation large, encore que parfaitement logique, le Conseil d'Etat a inclus dans le domaine législatif les modalités de la réparation éventuelle des dommages causés par lesdites sujétions. Dans sa décision du 29 janvier 1965, A.R.A.C. (2), la haute Juridiction administrative, après avoir rappelé les dispositions constitutionnelles, a posé en des termes très nets la règle applicable :

« ... Qu'au nombre de ces règles figurent notamment celles qui ont « pour objet d'assurer aux citoyens victimes de dommages dus à des « faits de guerre et assimilés, ainsi qu'à leurs ayants cause, une réparation, par l'Etat, des conséquences dommageables de telles sujétions; « que, plus précisément, il n'appartient qu'au législateur, en vertu de la « disposition précitée de l'article 34, de déterminer les catégories de prestations que comporte cette réparation et de fixer pour chacune d'elles, « les conditions à remplir par leurs bénéficiaires. »

Le Conseil Constitutionnel étendit encore le domaine de la compétence législative à la détermination du statut et de la qualité des citoyens qui s'étaient trouvés soumis à certaines obligations impératives à eux imposées au titre de la Défense nationale. Cette interprétation avait été tout d'abord écartée par le Juge constitutionnel qui avait initialement estimé que le statut des cadres de réserve ne

---

(1) Et comme l'avait déjà prévu M. L. Siorat dans sa remarquable étude : « Les règles concernant les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens », R.D.P. 1960, pp. 461-543.

(2) Rec. 1965, p. 58.

concernait pas « des sujétions imposées par la Défense nationale, de la nature de celles mentionnées à l'article 34 sus-rappelé » (3). Mais par un véritable revirement de jurisprudence, le Conseil Constitutionnel adoptait ensuite la position inverse en reconnaissant la qualité d'ancien combattant aux militaires et anciens militaires ayant pris part aux combats en Algérie de 1954 à 1962, au Maroc de 1953 à 1956 ou en Tunisie de 1951 à 1955 :

« que les personnes visées éventuellement par ces propositions se sont « trouvées placées dans la situation dont il s'agit en vertu de dispositions « impératives imposées aux citoyens au titre des obligations de la Défense « nationale ; qu'ainsi ces propositions touchent *directement* aux règles « visées dans la disposition précitée ; qu'elles ressortissent, dès lors, au « domaine de la loi » (4).

Désormais font partie du domaine législatif non seulement toutes les règles afférentes aux sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens, mais encore toutes celles qui sont la conséquence directe de ces sujétions. C'est là le résultat d'une évolution jurisprudentielle qui vit tout d'abord consacrer par le Conseil d'Etat le caractère législatif des dommages résultant des sujétions imposées par la Défense nationale, puis fut marquée par l'extension par le Conseil Constitutionnel du domaine législatif à toutes les conséquences directes de ces sujétions, sans limitation aux seules modalités de la réparation.

A la définition large de la compétence législative initialement donnée par le Conseil d'Etat, le Conseil Constitutionnel a progressivement substitué une interprétation plus extensive encore mais qui, loin de contrarier la jurisprudence du Conseil d'Etat en a, au contraire, tiré toutes les conséquences.

## § 2. — *Les règles concernant la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités*

En raison de la parenté étroite qui existe entre elles, ces règles seront regroupées en deux grandes catégories :

- celles qui concernent la nationalité, l'état et la capacité des personnes ;

---

(3) Décision n° 66-42 L du 17 novembre 1966, Rec. C.C. 1966, p. 32.

(4) Déc. n° 68-8 F.N.R. du 27 novembre 1968, Rec. C.C. 1968, p. 29.

— celles qui intéressent les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités.

A. — Les règles relatives à la nationalité, l'état et la capacité des personnes.

1) Les règles concernant la nationalité comprennent la détermination des normes selon lesquelles s'acquiert et se perd la nationalité française (5). Il n'est donc guère concevable que celles des dispositions de forme et de procédure qui sont intimement liées à ces normes et nécessaires à leur mise en œuvre, soient soustraites à la compétence législative. Il est en revanche impossible, à l'heure actuelle de déterminer si la compétence pour édicter les règles relatives aux effets — et notamment aux droits et obligations — attachés à la possession ou au défaut de possession de la nationalité française, est de la compétence législative ou réglementaire (6). En cette matière, ni le Conseil Constitutionnel ni le Conseil d'Etat n'ont encore été amenés à se prononcer.

2) La détermination des règles relatives à l'état et à la capacité des personnes se heurte à deux incertitudes relatives, l'une à l'acceptation même du terme personne, l'autre à la distinction des règles de fond d'une part, et des règles de forme et de procédure d'autre part, ces dernières concernant la seule procédure civile qui est du domaine réglementaire. A ces deux difficultés, la jurisprudence n'a pu apporter que des réponses partielles eu égard au nombre très limité de décisions rendues par les Conseils (7).

a) Il semble bien que les termes « état et capacité des personnes » se rapportent aux seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales. Cette interprétation découle tant du texte constitutionnel que de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les règles qui les régissent se trouvent en effet insérées dans un paragraphe de l'article 34 entièrement consacré aux droits et obligations des individus (régimes matrimoniaux, successions, libéralités) et l'article 75 de la Constitution dispose, par ailleurs, que l'article 34 ne vise que le statut civil de droit commun, par opposition aux statuts personnels de certaines catégories de citoyens non métropolitains. Cette

---

(5) Cf. code de la nationalité (Ordonnance du 19 octobre 1945 modifiée).

(6) Pour M. J. Groux, elle est réglementaire, *op. cit.*, fascicule 2, p. 21.

(7) C.C. 17 septembre 1964, *Rec. C.C.* p. 41, *D.* 1965.549, note Hamon.

C.C. 8 juillet 1966, *Rec. C.C.* p. 30.

C.E. 27 mai 1966, Société de Crédit Commercial et Immobilier, *Rec.* p. 365.

référence constitutionnelle à un statut de personnes physiques constitue un élément important de l'exclusion des règles relatives à l'état et à la capacité des personnes morales du domaine de la loi. Plus décisif encore à cet égard paraît l'arrêt du Conseil d'Etat, Société de Crédit Commercial et Immobilier (8), qui a refusé d'admettre qu'un décret faisant interdiction à des personnes physiques ou morales d'accomplir certains actes de commerce, modifiait la capacité des personnes. Or si le décret attaqué étendait l'interdiction aux personnes morales comme aux personnes physiques, il est certain que cette prohibition ne mettrait pas en cause les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques, règles que la doctrine s'accorde généralement à définir comme celles déterminant dans l'ordre privé la situation de droit des individus quels qu'ils soient (9). En revanche, la capacité des personnes morales étant incontestablement limitée par le décret attaqué, il faut en déduire que le Conseil d'Etat estime que les personnes visées à l'article 34 sont les seules personnes physiques. Le Conseil Constitutionnel ne s'est encore jamais prononcé sur ce point précis mais les deux décisions qu'il a rendues en la matière avaient bien trait aux personnes physiques.

b) La distinction entre les règles de fond et les règles de forme et de procédure, est souvent malaisée et ne s'autorise, jusqu'à présent, que d'une seule décision du Conseil Constitutionnel. La haute Instance a jugé que la fixation de la durée du délai imparti pour faire appel de décisions rendues par le juge des enfants en matière d'assistance éducative ressortissait à la procédure civile et relevait, en conséquence, de la compétence du pouvoir réglementaire (10). Mais parallèlement à la distinction des règles de fond et de celles de forme et de procédure que le Conseil Constitutionnel rattache à la procédure civile, la haute Instance applique également sa méthode de partage habituelle à l'intérieur des règles de fond, en différenciant celles des dispositions qui mettent en cause les règles et qui ressortissent seules au domaine de la loi, de celles qui, ne constituant que des modalités d'application de ces règles, font partie du domaine réglementaire. Ainsi une disposition d'après laquelle les décisions d'adoption concernant les personnes nées à l'étranger ou dont le lieu de naissance n'est pas connu, doivent être portées sur un registre d'état civil dans un délai déterminé, est du domaine de la loi ; en revanche l'indication du registre sur lequel ces adoptions doivent

---

(8) C.E. 27 mai 1966, Société de Crédit Commercial et Immobilier, Rec. p. 365.

(9) Cf. à ce sujet, Groux, op. cit., p. 23.

(10) C.C. 8 juillet 1966, Rec. C.C. p. 30.



être transcrites et la durée du délai imparti ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire (11).

B. — Les règles concernant les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.

1) Les règles afférentes aux régimes matrimoniaux comprennent toutes celles qui ont trait aux rapports pécuniaires des époux entre eux, ainsi qu'aux rapports pécuniaires des époux avec des tiers. En l'absence de toute décision à ce sujet, on ne peut guère qu'extrapoler à partir des solutions dégagées dans des matières voisines, telles l'état et la capacité des personnes. Le domaine de la loi devrait normalement englober outre les règles de fond, celles de forme et de procédure qui touchent de si près au fond du droit que leur méconnaissance peut entraîner une dénaturation du fond du droit.

En pratique les décisions qui sont susceptibles d'être rendues ultérieurement pourraient cependant ne pas obéir à une logique aussi simple en apparence. En effet les règles régissant les régimes matrimoniaux recoupent très fréquemment celles touchant au régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Or, si le législateur est intégralement compétent en ce qui concerne celles-là, il ne l'est à l'égard de celles-ci que pour la détermination des principes fondamentaux.

Les mêmes observations s'appliquent également aux règles régissant les successions et libéralités. Les Conseils n'ont encore jamais eu l'occasion de préciser dans quelle mesure les dispositions procédurales qui s'y rattachent, font partie du domaine de la loi ou de celui du règlement. Mais la logique postule que le critère de l'indissociabilité par rapport aux règles de fond soit également déterminant.

§ 3. — *La détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction, le statut des magistrats du siège*

Cette longue énumération regroupe deux grandes catégories de compétence. Les trois premières rubriques concernent la législation répressive et les deux dernières sont relatives aux juridictions et au statut des magistrats. Il faut souligner que, traditionnellement, le législateur s'était reconnu compétent pour fixer les règles afférentes

---

(11) C.C. 17 septembre 1964, D. 1965.549, note Hamon.

à ces matières (12). La Constitution de 1958 a donc innové en édictant certaines restrictions à ce sujet.

A. — La détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables.

Le champ de compétence ainsi assigné au législateur subit une atteinte certaine et une atteinte potentielle. D'une part il est certain que les contraventions qui ne sont pas mentionnées par la Constitution, se trouvent ainsi exclues du domaine législatif. D'autre part, l'imprécision du texte constitutionnel ne permet pas de savoir si la compétence du législateur en matière de fixation de l'échelle des peines s'étend également à la détermination des actes réprimés par lesdites peines. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'autorité compétente pour fixer l'échelle des peines — le Parlement — l'est également pour définir les incriminations pénales que sanctionnent ces peines. Les réponses longtemps diamétralement opposées du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat ont fait désormais place à des solutions plus nuancées et qui tendent au rétablissement de l'harmonie jurisprudentielle.

1) L'exclusion des contraventions du domaine législatif.

a) Le principe même de cette exclusion a été l'un des plus controversés auquel l'article 34, pourtant abondamment discuté lui-même, a donné lieu. La Déclaration des Droits de l'Homme (13), suivie par une longue tradition juridique, n'a-t-elle pas expressément réservé à la compétence exclusive du législateur, la fixation des peines privatives de liberté. On sait que le droit français définit les infractions par la nature des peines qui les sanctionnent : une infraction est une contravention, un délit ou un crime selon que les peines sont de police, correctionnelles ou, afflictives ou infâmantes (14). Or les peines de police ne sont pas exclusivement des peines pécuniaires puisqu'elles peuvent aussi être sanctionnées d'emprisonnement et de confiscation de l'objet saisi (15).

---

(12) Cf. à ce sujet : J. M. Cotteret : « Le pouvoir législatif en France », pp. 113 et s. ainsi que C.E. 18 juin 1958, Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et autres, J.C.P. 1958.II.10727, note J. R. ; D. 1958.656, concl. Tricot, R.P.D.A. 1958.286 et A.J.D.A. 1958.II, n° 284, p. 306. L'article 6, alinéa 2 de la loi du 17 août 1948 respectait également ce principe.

Sur l'importance de cette innovation, cf. G. Rousou de Boubée : « Les deux sources du droit pénal d'après la Constitution du 4 octobre 1958 », J.C.P. 1961, n° 1638.

(13) Dans son article 8.

(14) Cf. article 1<sup>er</sup> du Code Pénal.

(15) Cf. article 464 du Code Pénal.

La solution jurisprudentielle ne fait cependant aucun doute et le Conseil d'Etat a admis dans son arrêt Eky (16) comme le Conseil Constitutionnel dans une décision ultérieure (17), que l'autorité titulaire du pouvoir réglementaire était compétente pour déterminer l'incrimination de la contravention et la peine dont elle est assortie. S'il est légitime de penser que cette compétence réglementaire reste limitée par celle du législateur en matière de délit il n'en reste pas moins que, comme le rappellent les conclusions de M. Kahn, le principe de légalité des peines se trouve désormais très constitutionnellement mis en échec.

b) La compétence réglementaire trouve cependant une limitation importante dans la prérogative reconnue au législateur en matière de délits. En établissant le « plancher » des peines délictuelles, le Parlement détermine par là-même le niveau maximum des peines contraventionnelles (18). L'autorité réglementaire ne saurait donc élever le niveau de celles-ci à un point tel qu'elles en viendraient à atteindre ou à dépasser le niveau minimum des peines correctionnelles édicté par un texte dont le caractère législatif est certain (article 40 du Code Pénal). Une telle mesure qui, comme l'a souligné M. Hamon, constituerait un véritable « détournement des pouvoirs constitutionnels » (19), n'a jamais été édictée jusqu'à présent (20).

2) La définition ou la modification de la définition de l'incrimination entre-t-elle dans le domaine de la loi ? A cette question délicate, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont longtemps apporté des réponses diamétralement opposées.

---

(16) 12 février 1960, S. 1960.131, concl. Kahn, J.C.P. 1960.II n° 11.629 *bis* note Vedel ; D. 1960.263, note Lhuillier et S. 1960, Chr. 63, note Bourdoncle.

(17) 19 février 1963, p. 27, D. 1964.92, note Hamon. Cf. l'addendum ci-dessous.

(18) Articles 40 et 465 du Code pénal.

(19) Note précitée, D. 1964.92. La seule analogie est fournie par l'élévation à une peine de six mois de prison maximum du délit de récidive de coups et blessures volontaires, mais non à main armée (art. 475 nouveau du Code pénal) par l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958. Mais le Gouvernement agissait alors en vertu de la délégation législative temporaire prévue par l'article 92 de la Constitution. Ce précédent n'en est donc pas un.

(20) M. Groux (op. cit., tome II, p. 30) a imaginé l'hypothèse dans laquelle le législateur déciderait d'assortir de peines correctionnelles un texte réglementaire dont la violation est déjà punie de peines contraventionnelles ou, inversement celle qui verrait le pouvoir réglementaire sanctionner par des peines de contravention une loi déjà assortie de peines correctionnelles. L'article 41 de la Constitution étant, en ces deux cas, inapplicable, seules des négociations politiques permettraient d'apporter une solution à ce conflit. Mais ces hypothèses peu plausibles, sont restées jusqu'à présent purement théoriques.

a) Pour le Conseil Constitutionnel, la compétence est réglementaire. La haute Instance l'a affirmé avec éclat dans sa décision du 2 juillet 1965 :

« Les peines correctionnelles ne peuvent réprimer que des infractions « qualifiées par la loi ou l'inobservation de règlements également précisés « par la loi » (21).

De cette position de principe, il résulte que le fait d'assortir des prescriptions données de peines correctionnelles, ne change pas le caractère législatif ou réglementaire desdites prescriptions. En d'autres termes, la fixation des peines est distincte de la définition des infractions qu'elles répriment. La dichotomie ainsi opérée par le Conseil Constitutionnel est entièrement conforme à l'analyse présentée alors par le Garde des Sceaux en exercice, M. Jean Foyer :

« Des infractions, objet d'une réglementation extrêmement abondante « dont il est inconcevable que l'intégralité des détails figure dans la loi, « méritaient par leur gravité d'être punies de peines relativement élevées » (22).

Mais est-elle conforme, tant à l'esprit de la Constitution qu'à la tradition républicaine ? Ni le Président de la commission des lois, M. René Capitant, pourtant membre de la majorité, ni l'Assemblée Nationale ne l'ont pensé. Le premier affirmait :

« Au-dessus même des termes de la Constitution, nous considérons que « la création d'une obligation sanctionnée par une peine délictuelle ou « criminelle doit être l'œuvre de la loi, c'est là une garantie essentielle « de la liberté individuelle » (23).

Pour sa part, l'Assemblée Nationale refusait non seulement une délégation du législateur au pouvoir réglementaire pour définir des

---

(21) Rec. C.C. p. 35, D. 1967.445, note Hamon. Cette solution avait déjà été retenue, mais avec moins d'éclat, dans une décision du 17 mars 1964, Rec. C.C. p. 35, D. 1965.681, note Hamon.

(22) J.O. débats A.N. 14 mai 1965, p. 1323.

(23) J.O. débats A.N. 14 mai 1965, p. 1325.



infractions passibles de peines correctionnelles, mais encore l'application de peines correctionnelles à des infractions déjà définies par le pouvoir réglementaire, même si celui-ci perdait de ce fait le pouvoir de modifier sa propre réglementation (24).

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel n'en est donc que plus surprenante et se heurte aux très sérieuses objections qu'allait formuler le Conseil d'Etat.

b) La haute Juridiction administrative adoptait dans sa décision, Confédération générale des vignerons du Midi (25), une solution diamétralement opposée. S'agissant d'une espèce « trop voisine » (26) de celle qui avait donné lieu à la décision du Conseil Constitutionnel sus-analysée, la motivation du Conseil d'Etat retient l'attention par la netteté des principes posés :

« Considérant que si l'interdiction du coupage relève par sa nature du « domaine réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution, la loi « du 1<sup>er</sup> janvier 1930, en assortissant la méconnaissance de cette interdiction de peines, notamment correctionnelles, a créé une infraction à laquelle elle a conféré le caractère d'un délit; que l'article 34 a réservé à la loi la détermination des crimes et des délits; que dès lors, la suppression de l'interdiction du coupage ne pouvait résulter que d'une loi... »

L'adoption par la loi de sanctions consistant en des peines correctionnelles ou criminelles entraîne nécessairement le caractère législatif des prescriptions ainsi sanctionnées, quand bien même ces dernières seraient réglementaires par nature. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Galmot, démontrait, de façon irréfutable, que la compétence du Parlement en la matière serait réduite à néant si la définition d'un crime ou d'un délit pouvait être énoncée par la voie réglementaire. On sait en effet que le droit français ne définit les infractions que par les peines qui leur sont applicables : l'élément répressif est le seul critère de la catégorie des crimes et des délits et justifie donc l'intervention du législateur dans la défini-

---

(24) Même le sous-amendement gouvernemental, accepté par la commission, et qui permettait au pouvoir réglementaire de « reprendre » les obligations assorties de sanctions pénales figurant dans des textes existants, fut rejeté par l'Assemblée Nationale (Cf. J.O. doc. parl., p. 637 et ss. et Hamon et Courvoisier : « Vie et droit parlementaire », R.D.P. 1966.106).

(25) C.E. 3 février 1967, Rec. p. 55, A.J.D.A. 1967.165, concl. Galmot.

(26) Cf. sur la ressemblance entre les principes mis en cause par cet arrêt, et ceux concernés par la décision du C.C. du 2 juillet 1965, la chronique de MM. Lecat et Massot, A.J.D.A. 1965.159.

tion de l'infraction. Retenir le système dégagé par le Conseil Constitutionnel aboutirait donc aux deux conséquences suivantes :

— les pénalités posées à l'origine par le législateur seraient applicables de plein droit à une infraction dont la définition aurait été modifiée par le Gouvernement ;

— le pouvoir réglementaire serait autorisé à modifier ou à abroger une interdiction assortie de peines criminelles ou correctionnelles et son intervention retirerait nécessairement toute portée à ces pénalités, l'infraction qu'elles étaient destinées à réprimer ayant disparu ou ayant été modifiée.

Ceci reviendrait à permettre au Gouvernement de créer ou de supprimer des crimes et des délits, le Parlement étant alors dépossédé de la compétence que lui confèrent à cet égard les dispositions constitutionnelles. Or, comme le soulignait très heureusement M. Galmot :

« L'intervention du législateur est tout aussi indispensable dans chacune  
« des deux hypothèses : dans la première, elle constitue une garantie  
« pour les citoyens menacés dans leur personne et leurs biens par la  
« gravité des sanctions encourues; dans la seconde, elle protège la société  
« contre des allègements hâtifs ou intempestifs de la répression pénale. »

Cette démonstration n'emporta pas la conviction du Conseil Constitutionnel qui s'empessa de réaffirmer sa jurisprudence dans une décision du 27 février 1967 (27). Deux interprétations rigoureusement opposées de la Constitution s'opposaient donc, le Conseil d'Etat réaffirmant dans son arrêt Conseil National de l'Ordre des pharmaciens (28), sa position de principe. Toutefois, dans les conclusions qu'il développât sur cette espèce, le Commissaire du Gouvernement Baudouin, indiqua que le Conseil Constitutionnel s'était entre-temps rallié à la jurisprudence du Conseil d'Etat dans une décision du 16 juin 1969 (29). L'analyse de cette dernière décision confirme-t-elle qu'un terme a été mis au premier grand conflit de fond qui ait opposé les jurisprudences des deux Conseils ?

c) Le Conseil Constitutionnel, saisi par le Premier Ministre, d'une demande tendant notamment à l'appréciation du caractère des dispositions fixant à quatre mois le délai dont disposent les proprié-

---

(27) Rec. C.C. p. 26.

(28) C.E. 12 déc. 1969, A.J.D.A. 1970.102, concl. Baudouin.

(29) Rec. C.C. p. 27, A.J.D.A. 1969.563.

taires de monuments historiques pour saisir l'Administration de leur intention de procéder à des travaux sur ces monuments et ladite obligation étant assortie de sanctions correctionnelles, le Conseil Constitutionnel a répondu :

« Considérant que... les infractions aux dispositions de l'article 4, alinéa 4 sus-énoncé sont punies d'une peine correctionnelle; qu'ainsi l'inobservation du délai prévu audit alinéa est un des éléments constitutifs d'un délit; Considérant que l'article 34 de la Constitution a réservé à la loi la détermination des crimes et délits, que dès lors, la fixation ainsi que toute modification éventuelle du délai prévu par la disposition susvisée, soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel ressortissent à la compétence du législateur. »

Une telle rédaction permet-elle de considérer avec M. Baudoin que

« Le Conseil Constitutionnel s'est rallié à votre position jurisprudentielle et il a attribué à ces dispositions un caractère législatif en se fondant sur le même système de raisonnement que celui qui motivait votre arrêt précité du 3 février 1967 » (30).

La haute Instance procède à un raisonnement en deux temps : d'une part l'inobservation d'un délai sanctionné par une peine correctionnelle est un des éléments constitutifs d'un délit, d'autre part, la détermination des crimes et délits qui est réservée au législateur, comprend celle de leurs éléments constitutifs.

En l'occurrence la fixation du délai imparti pour la déclaration est un des éléments constitutifs du délit et en est même l'élément formel essentiel. Il reste donc à savoir ce que le Conseil Constitutionnel entend par la notion d'« élément constitutif ». De façon plus précise, la définition matérielle de l'incrimination est-elle un des éléments constitutifs pour la haute Instance ? Rien ne permet de l'affirmer avec certitude. Les divergences qui séparent les deux Conseils n'ont pas entièrement disparu avec cette décision car c'est davantage un infléchissement qu'un revirement de jurisprudence qui caractérise la décision du Conseil Constitutionnel du 26 juin 1969. Si ce dernier a donné du domaine législatif une définition plus large

---

(30) Concl. précitées sous C.E. 12 décembre 1969, Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens.

qu'il ne l'avait faite dans ses précédentes décisions, il ne s'est pas encore avéré qu'il ait définitivement fait sienne la jurisprudence du Conseil d'Etat pour qui toute modification ou toute abrogation de la définition de l'incrimination ressortit à la compétence du législateur, au même titre que la détermination de la peine correctionnelle ou criminelle qui en est la sanction. Cependant le Conseil d'Etat a lui-même indiqué ultérieurement les limites qu'il entendait assigner au domaine législatif en la matière. Dans son arrêt Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux (31), il a énoncé ce considérant de principe :

« Considérant que les dispositions de l'article 259 du Code pénal, qui « punit de peines correctionnelles celui qui, sans remplir les conditions « exigées pour le porter, aura fait usage d'un diplôme officiel ou d'une « qualité dont les conditions d'attribution ont été fixées par l'autorité « publique, n'ont pas pour effet de transférer au législateur la compé- « tence qui appartient à l'autorité administrative de déterminer les condi- « tions dans lesquelles les professions en question sont réglementées, les « diplômes délivrés et les qualités attribuées » (1).

Si la définition de l'incrimination entre dans le domaine de la loi au même titre que la fixation de la peine qui la sanctionne, la compétence législative s'exerce à l'égard de la définition de l'incrimination *stricto sensu* et ne porte pas sur les modalités de mise en œuvre des dispositions de l'acte incriminé. Les deux jurisprudences se sont donc considérablement rapprochées, chacune ayant fait un pas important dans la direction de l'autre, encore que l'on ait relevé que l'harmonisation progressive des deux jurisprudences au fond n'aient pas été sans créer un autre conflit entre les deux Conseils quant aux sources du droit : le Conseil Constitutionnel ayant, dans sa décision du 26 juin 1969, reconnu le caractère de principes généraux du droit, à une règle de procédure à laquelle le Conseil d'Etat a ultérieurement refusé ce caractère (32).

## B. — La procédure pénale et l'amnistie.

### 1) La procédure pénale.

Au sens le plus généralement reçu,

« la procédure pénale ou criminelle est l'ensemble des règles juridiques « qui ont pour objet la recherche et la constatation des infractions, le

---

(31) C.E. 22 avril 1970, Rec. p. 266.

(32) Cf. ci-dessous, pp. 202-203.



« rassemblement des preuves établissant la culpabilité des délinquants, « l'institution d'autorités et de juridictions habilitées à poursuivre et à punir ces délinquants; enfin l'élaboration des formes qui doivent être suivies devant ces autorités ou ces juridictions » (33).

Par rapport à cette définition, les éléments dégagés par les Conseils ont été essentiellement d'ordre négatif dans la mesure où ils n'ont jamais indiqué essentiellement ce que les règles de procédure pénale contiennent.

a) Tout ce qui concerne la règle de procédure autre que pénale est du domaine réglementaire. Il en est ainsi en particulier de la procédure civile (34).

b) L'ensemble des règles qu'englobe la procédure pénale n'ont jamais fait l'objet d'une énumération jurisprudentielle précise. Ni le Conseil Constitutionnel, ni le Conseil d'Etat qui a pourtant connu de la matière avec ses arrêts Rubin de Servens et Canal (35), n'ont jamais tenté de fournir la moindre précision à ce sujet (36).

L'indécision reste donc actuellement totale à cet égard.

## 2) L'amnistie.

L'amnistie se définit comme une mesure générale faisant remise à tous les inculpés d'une même catégorie de crimes, de délits ou de contraventions, aussi bien des poursuites à exercer que des condamnations prononcées (37).

A raison de sa portée générale (38), l'amnistie ressortissait traditionnellement à la compétence exclusive du législateur (39). Ce principe a été maintenu par la Constitution de 1958. Si le Conseil Constitutionnel n'a encore jamais eu à se prononcer à cet égard, le Conseil d'Etat a réaffirmé sans ambage dans son arrêt Dalmas de Poli-

(33) A. Vitu : « Procédure pénale », p. 1 (Paris 1965).

(34) C.E. 16 juin 1961, Lang, Rec. p. 907.

C.C. 8 juillet 1966, Rec. C.C. p. 30.

C.E. 4 juillet 1969, Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Paris, J.C.P. 1969.II.16126, note Boccara.

C.E. 3 décembre 1969, Chevrot, D. 1970.69, concl. Gentot.

C.E. 14 janvier 1970, Epoux Redois, Rec. p. 18.

(35) Précités.

(36) Pour un essai de classification, cf. Groux, op. cit., pp. 33-34.

(37) Cf. Encyclopédie Dalloz, V<sup>o</sup> Amnistie.

(38) L'amnistie se distingue en cela de la grâce amnistiante qui fait seulement remise personnelle à un condamné particulier d'une peine prononcée. La grâce amnistiante est donc une mesure de faveur accordée par le Chef de l'Etat dans les conditions spéciales prévues par une loi d'amnistie qui lui a attaché par avance son effet propre.

(39) Cf. notamment, C.E. 10 février 1950, Desenclos et Muller Rec. p. 90.

gnac (40) que l'application de toute mesure d'amnistie demeure soumise aux conditions et aux limites fixées par le législateur dont l'habilitation constitue le seul fondement de l'intervention du pouvoir réglementaire.

C. — La création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats.

La détermination des compétences législative et réglementaire afférentes à ces deux matières fait apparaître l'interdépendance étroite de celles-ci. D'une part, elles intéressent toutes deux le fonctionnement du service public de la justice, d'autre part la composition d'une juridiction — ou d'un ordre de juridiction — et le recrutement de membres mettent en cause le statut des magistrats. Tout dépend, en l'occurrence, de l'acception donnée par la jurisprudence des Conseils au concept d'« ordre de juridiction » et à la notion de « création ». L'examen des décisions rendues à cet égard s'impose dès l'abord. Par ailleurs la détermination de la procédure qui doit être suivie en matière de fixation du statut des magistrats demeure incertaine : l'article 64 alinéa 3 contredisant la disposition de l'article 34, prévoit qu'une loi organique — et non pas ordinaire — portera statut des magistrats.

Aux interrogations ainsi posées par le texte même de la Constitution, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont répondu par des décisions desquelles se dégage une remarquable concordance jurisprudentielle.

1° La définition du concept d'ordre de juridiction.

a) Antérieurement à la Constitution de 1958, il était traditionnellement admis que seul le législateur pouvait créer une nouvelle juridiction (41). La compétence législative se trouve désormais limitée aux « nouveaux ordres de juridiction » et cette restriction du domaine de la loi est d'autant plus marquée que la rédaction du texte constitutionnel est nettement en retrait par rapport à l'article 31 de l'avant-projet (42), lui-même amendé par le Comité consultatif constitutionnel qui souhaitait élargir la compétence du Parlement (43).

---

(40) C.E. 22 novembre 1963, D. 1964.161, note Debbasch.

(41) C.E. 2 juin 1911, de Pressensé, p. 665.

(42) Ainsi rédigé : « Sont réglées par la loi les questions relatives... à l'établissement des juridictions ».

(43) Cet amendement élargissait la compétence législative « à l'établissement et à la compétence des juridictions ».

Ainsi déterminé, le domaine législatif semble des plus limités. La doctrine s'est généralement accordée à définir le concept d'ordre de juridiction par deux éléments : d'une part la compétence d'attribution (*ratione materiae* par opposition à *ratione loci*), d'autre part l'appartenance à une hiérarchie complète (44). Une interprétation littérale de ces termes semble confirmer cette définition. Il y aurait donc deux ordres de juridiction — l'ordre administratif et l'ordre judiciaire — trois si l'on inclus l'arbitrage, et comme le législateur n'est, par ailleurs, compétent que pour poser les règles afférentes uniquement à la création d'un nouvel ordre, sa compétence se trouverait ainsi pratiquement dénuée de tout contenu et réduite à néant.

Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat n'ont pas voulu qu'il en soit ainsi. Rompant tant avec les définitions doctrinales traditionnelles qu'avec l'interprétation littérale, ils ont pris la notion d'ordre de juridiction dans son acception la plus large.

b) Le Conseil constitutionnel a posé les fondements de sa jurisprudence par une décision du 18 juillet 1961 (45).

« Considérant que si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur « le soin de fixer "... la création de nouveaux ordres de juridiction », la « détermination du nombre, du siège et du ressort de chacune des juridictions créées dans le cadre des principes définis par la loi, est de la « compétence réglementaire (46).

« Considérant que les tribunaux d'instance à compétence exclusive en « matière pénale constituent un ordre de juridiction distinct des tribunaux « d'instance créés par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance susvisée du 22 décembre 1958; que la disposition de ladite ordonnance qui institue de tels « tribunaux a donc le caractère législatif, mais qu'il entre dans la compétence du pouvoir réglementaire de fixer leur nombre, leur siège et « leur ressort. »

L'importance de cette décision tient à ce que la haute Instance écarte définitivement l'interprétation traditionnelle de l'expression « ordre de juridiction », à savoir un ensemble de juridiction constituant une hiérarchie complète et soumise au contrôle d'une Cour souveraine. S'il est relativement aisé de déterminer ce qu'un ordre

---

(44) Cf. notamment Stefani et Levasseur : « Droit pénal et procédure pénale, tome II, n<sup>os</sup> 315 et ss (Paris 1966).

(45) Rec. C.C. p. 38, D. 1961.541, note Hamon.

(46) Tirant la conséquence logique de cette jurisprudence, le Conseil Constitutionnel a estimé que la création, au sein d'un tribunal administratif de sections fiscales composées de juges audit tribunal, relevait du domaine réglementaire (1<sup>er</sup> avril 1971, J.O. p. 3244).

de juridiction n'est pas, il est infiniment plus difficile de préciser ce qu'il est et surtout ce qu'il recouvre. L'imprécision de la terminologie employée par la jurisprudence ne facilite guère une tentative d'explication synthétique car, si le même esprit guide les décisions des deux Conseils, force est de constater que les termes employés varient assez sensiblement d'une décision à l'autre et que chaque Conseil use finalement d'une rédaction assez floue. Dans ses conclusions sur l'arrêt Conseil national de l'Ordre des médecins (47) M. Braibant a tenté de dégager une définition synthétique :

« Il résulte de ces jurisprudences que l'ordre de juridiction se définit « comme une catégorie de juridictions composées selon un même type et « chargées d'une même compétence matérielle; en d'autres termes les « ordres de juridiction se distinguent les uns des autres par leur mode « de composition et l'étendue de leur compétence. »

Affinant cette définition, le Commissaire du Gouvernement Dutheillet de La Mothe estime que la détermination de l'ordre de juridiction comprend :

« la structure, la composition ou les règles de désignation des membres « d'une juridiction, soit la compétence *ratione materiae* de cette juridiction » (48).

Adoptant ces critères, le Conseil Constitutionnel a estimé que relevait de la loi la création de tribunaux d'instance à compétence exclusivement pénale (49) et des chambres d'expropriation (50) tandis que le Conseil d'Etat y rattachait la création de tribunaux militaires à compétence spéciale (51) et d'une section disciplinaire au sein du Conseil national de l'Ordre des médecins (52). Les critères appliqués par les Conseils à l'analyse de la délimitation des compétences législatives et réglementaires en la matière offrent donc une grande

---

(47) 13 juillet 1962, R.D.P. 1962.739.

(48) Concl. sous C.E. 21 février 1968, Ordre des Avocats près la Cour d'appel de Paris et autres, D. 1968.222.

(49) C.C. 18 juillet 1961, précité.

(50) C.C. 9 février 1965, p. 73, D. 1967.405, note Hamon.

(51) C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, R.D.P. 1962, 294, concl. Henry.

(52) C.E. 13 juillet 1962, Conseil National de l'ordre des médecins, précité.



similitude. Celle-ci apparaît avec plus de force encore à l'examen des décisions par lesquelles la jurisprudence exclut par un raisonnement *a contrario*, certaines dispositions du domaine de la loi.

La détermination des règles de la procédure civile fait partie du domaine réglementaire (53). Mais comment concilier cette règle constitutionnelle avec les principes dégagés par la jurisprudence dont on sait qu'elle consacre le caractère législatif de tout ce qui touche à la structure et à la composition d'une juridiction ainsi qu'au recrutement de ses membres d'une part, à sa compétence *ratione materiae* d'autre part ? C'est précisément cette conciliation que les Conseils opèrent avec une infinité de nuances, qui fait le mieux ressortir la similitude de leur méthode et aboutit, à travers une infinité de cas d'espèce, à une concordance jurisprudentielle si remarquable. Ils ont ainsi estimé de concert que se rattachaient à la partie de la procédure civile qui ne touche pas à la structure ou à la composition d'une juridiction, les règles afférentes aux modalités de la représentation des parties devant les tribunaux (54) : ces règles ressortissent donc à la compétence réglementaire. Il en va de même de toutes les règles qui ne touchent qu'aux modalités de la procédure à suivre devant une juridiction existante. Le rapprochement des formules employées par les deux Conseils est très significatif. Le Conseil Constitutionnel affirme par exemple dans sa décision du 2 juillet 1965 (55) :

« Considérant enfin, que les autres dispositions de ladite ordonnance, « soumises à l'examen du Conseil Constitutionnel, portent dans leur ensemble sur les modalités de la procédure à suivre devant les chambres de l'expropriation, qu'elles ne sauraient donc être rangées parmi les règles susmentionnées que l'article 34 de la Constitution a réservées à la compétence du législateur. »

Le Conseil d'Etat souligne dans sa décision du 4 juillet 1969, Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris (56) :

---

(53) Les constituants ont, en effet refusé d'accéder à la demande des membres du Comité consultatif constitutionnel qui, modifiant sur ce point le texte de l'avant projet, avaient proposé d'introduire les règles de la procédure civile dans le domaine législatif.

(54) C.E. 16 juin 1961, Lang, T. , p. 908. — C.C. 22 mai 1964, Rec. C.C. p. 47; S. 1964.38, note Hamon. — C.E. 3 décembre 1969, Chevrot, D. 1970. 69, concl. Gentot.

(55) Décision n° 65-3 L, Rec. C.C. p. 73. Se reporter également à la décision n° 66-40 L du 18 juillet 1966, Rec. C.C. p. 30.

(56) J.C.P. 1969.II.16126, note Boccara.

« Considérant que les règles de la procédure civile ne sont pas au « nombre de celles qui doivent être fixées par la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution; que quelle que soit l'importance des modifications apportées par le décret attaqué à la procédure suivie devant le « président du tribunal de grande instance ou le juge qui le remplace « dans les litiges en matière de baux commerciaux, ces modifications « n'ont pas pour effet de créer un nouvel ordre de juridiction. »

Les Conseils sont également d'accord pour juger qu'en matière de compétence, seules les règles afférentes à la compétence *ratione materiae* sont du domaine de la loi. Le Conseil Constitutionnel a posé le principe que tout ce qui avait trait à la compétence *ratione loci* ressortissait à la compétence réglementaire dans sa célèbre décision du 18 juillet 1961 (57) dont on a déjà souligné l'importance. Mais le Conseil d'Etat avait peu avant dégagé des solutions fondées sur la même distinction dans ses arrêts Daunizeau (58) et Groupement des commerçants, industriels et patentés du canton de Blanc (59). Il résulte d'ailleurs, *a contrario*, de la décision du Conseil Constitutionnel du 22 mai 1964 (60) que se voient seules reconnaître le caractère de règles de compétence, celles qui touchent à la compétence *ratione materiae*. En particulier la détermination des personnes ayant qualité pour saisir les Conseils de Prud'hommes ne concerne pas les règles de compétence de ces juridictions.

Enfin le caractère législatif des dispositions touchant à la composition d'une juridiction et au recrutement des magistrats qui la composent, achève de délimiter le contour des deux domaines de compétence. Mais une fois encore, il est nécessaire de nuancer cette affirmation pour tenir compte des distinctions introduites par la jurisprudence. Si tout ce qui affecte la nature de la composition d'une juridiction touche à la structure même de celle-ci et rentre par conséquent dans le domaine de la loi (61), des complications

---

(57) Décision n° 61-14 L précitée.

(58) C.E. 27 janvier 1961, Rec. p. 57, A.J.D.A. 1961.75, Chr. Galabert et Gentot.

(59) C.E. 2 juin 1961, Table, p. 908.

(60) Cette décision n° 64-6 F.N.R. (Rec. C.C. p. 47 et S. 1964.338, note Hamon) contient le considérant révélateur suivant : « Considérant que « la proposition de loi susvisée, soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel, a uniquement pour objet de préciser que les ayants-droits des « salariés visés à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 58-1276 du 22 décembre « 1958 ont qualité pour saisir les Conseils de Prud'hommes des diffé- « rends qui s'élèvent à l'occasion des contrats de travail et d'appren- « tissage, et ce, sans toucher au domaine de la compétence de ces juri- « dictions ».

(61) Dans sa décision précitée, le Conseil National de l'ordre des médecins, le Conseil d'Etat relève : « Qu'en instituant dans ces conditions une

apparaissent lorsque l'autorité compétente pour désigner les magistrats étant connue, seules les modalités de la nomination sont en cause. Le Conseil Constitutionnel a rendu à cet égard deux décisions qui peuvent paraître contradictoires à première vue. S'agissant de l'organisation des tribunaux pour enfants, la haute Instance déclare que font partie du domaine législatif les règles

« relatives au mode de désignation des personnes appelées à siéger en « qualité d'assesseurs au sein desdits tribunaux, ainsi que celles qui fixent « la durée de leurs fonctions, toutes règles qui sont des garanties de « l'indépendance de ces assesseurs » (62).

En revanche elle estime peu après qu'en ce qui concerne les chambres d'expropriation, les dispositions

« qui portent sur le mode de désignation des magistrats de l'ordre judiciaire appelés à siéger dans ces juridictions d'appel et sur la durée de « leur affectation relèvent de l'organisation interne des cours et tribunaux « et ont, en conséquence, un caractère réglementaire » (63).

Il n'y a là aucune contradiction majeure entre ces deux décisions, les juges sont des magistrats de carrière qui bénéficient comme tels de garanties d'indépendance que l'autorité réglementaire est tenue de respecter alors que les assesseurs des tribunaux pour enfants n'ayant pas la qualité de magistrats professionnels, la première décision fait entrer leur mode de désignation et la durée de leurs fonctions dans le domaine législatif afin de donner à leur indépendance les garanties de la loi. M. Hamon fait très opportunément remarquer à ce propos (64) :

« Si le changement d'une procédure aboutit en fait à altérer la réalité « de la garantie d'un droit... on sort du domaine réglementaire pour « entrer dans le domaine de la loi parce que la forme touche le fond.

---

« section d'assurances sociales au sein du Conseil régional de discipline, « substituée pour le jugement des affaires dont s'agit à la formation « plénière composée exclusivement de médecins, les auteurs du décret « attaqué ont créé un nouvel ordre de juridiction ».

(62) C.C. 21 décembre 1964, Rec. C.C. p. 43, D. 1965.641, note Hamon.

(63) C.C. 9 février 1965, Rec. C.C. p. 73, D. 1967.405, note Hamon.

(64) Note précitée, D. 1967.405.

« Qu'il s'agisse de procédure ou de création des ordres de juridiction, la « délimitation des deux domaines ne saurait se faire sans considérer le « fond du droit qui est en cause. »

Ainsi, parce qu'ils font prédominer l'interprétation rationnelle sur l'interprétation littérale, les Conseils, après avoir défini les matières qui relèvent du domaine législatif, ont pris en considération un second facteur de délimitation des compétences : l'importance de la modification ou de l'altération apportée par les nouvelles dispositions en cause.

2) Le concept de « création » a été également entendu dans son acception la plus large. Il suffit qu'une institution soit absolument nouvelle, sans équivalent, sans précédent sur le plan national, pour que sa création relève de la compétence du législateur. Le Conseil Constitutionnel ayant adopté, comme on le verra, la même solution pour la création de « catégories d'établissements publics » (65) que pour celle de nouveaux ordres de juridiction, l'erreur du constituant qui aurait dû employer dans les deux cas le terme de « catégorie », s'est ainsi trouvée corrigée (66).

En cette matière, c'est donc le Conseil Constitutionnel qui, ayant statué le premier, a imposé au Conseil d'Etat une interprétation large du concept de création de nouveaux ordres de juridiction, entendu comme englobant toutes les modifications susceptibles de porter atteinte aux règles constitutives d'une juridiction.

### 3) Le statut des magistrats.

Si l'article 34 de la Constitution place le statut des magistrats dans le domaine de la loi, l'article 64 alinéa 3 dispose que c'est une loi organique — et non une loi ordinaire — qui réglera ce statut. Mais avant de déterminer l'autorité compétente en la matière et la procédure à suivre, il importait encore de définir clairement les personnes auxquelles s'attachait la qualité de magistrat.

a) Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont défini restrictivement la qualité de magistrat. Par l'arrêt Beausse (67), le Conseil d'Etat a décidé que pouvaient seuls se prévaloir de cette qualité, les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire :

---

(65) Cf. ci-dessous, ce chapitre, section II, p. 256.

(66) Cette erreur a été décelée par M. Waline, dans son article précité, R.D.P. 1959.699.

(67) C.E. 2 février 1962, Rec. 82.



« Considérant... que l'alinéa 3 de l'article 64 aux termes duquel une « loi organique porte « statut des magistrats » vise seulement les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire; que les présidents et juges aux tribunaux de commerce n'appartiennent pas à cette catégorie. »

Le Conseil Constitutionnel a fait sienne cette définition restrictive. Ceci résulte implicitement de sa décision du 21 décembre 1964 (68), dans laquelle il n'a pas reconnu la qualité de magistrat aux assesseurs désignés pour siéger à titre temporaire comme membres des tribunaux pour enfants.

La jurisprudence des Conseils à cet égard est donc parfaitement concordante.

b) Toutes les modifications qui ont touché de près ou de loin au statut des magistrats ont fait l'objet de lois organiques.

Les règles afférentes à ce statut ont donc été édictées conformément à la procédure plus exigeante prévue par l'article 46 de la Constitution et font, par ailleurs, l'objet du contrôle obligatoire de la constitutionnalité au fond prévu par l'article 61. Il n'y a donc pas matière à une comparaison des jurisprudences des Conseils, la pratique suivie jusqu'à présent ayant rendu l'intervention du Conseil d'Etat sans objet.

§ 4. — *Les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; les lois de finances et les lois de programme ; le régime d'émission de la monnaie*

Le Conseil Constitutionnel n'ayant rendu qu'une seule décision touchant, de loin d'ailleurs, au régime d'émission de la monnaie (69) et le Conseil d'Etat n'ayant jamais statué à ce sujet, aucune comparaison ne peut être tentée à cet égard. Quant aux trois autres rubriques, que l'article 34 n'énonce d'ailleurs pas dans un ordre successif direct, elles sont cependant indissociables car elles définissent l'étendue complète de la compétence du Parlement à l'égard de toutes les matières financières. Elles ne sauraient donc être examinées séparément, même si la première a trait à des problèmes d'ordre fiscal et les deux autres à des questions budgétaires.

A la lumière des décisions du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, on s'efforcera de comparer les critères dégagés par les deux jurisprudences pour différencier parmi les « impositions de

---

(68) C.C. déc. n° 64-31 L précitée du 21 décembre 1964.

(69) Décision n° 64-27 du 18 décembre 1964, Rec. C.C. p. 29.

toutes natures », celles qui ont le caractère de taxes fiscales (70) de celles qui sont, au contraire, de type parafiscal ou non fiscal. Il sera ensuite procédé à l'examen de la répartition des compétences normatives en matière d'assiette, de taux et de modalités de recouvrement des impositions parafiscales et non fiscales. Enfin les rapports entre la détermination des compétences en matière d'impositions de toutes natures d'une part, de lois de finances et des lois de programme d'autre part, seront analysés.

A. — Le contenu de la notion d' « impositions de toutes natures ».

Une jurisprudence abondante émanant aussi bien du Conseil Constitutionnel que du Conseil d'Etat a dégagé, avec une remarquable concordance, le contenu de la notion d' « imposition », en opposant la taxe fiscale aux concepts souvent voisins, d'une part de taxe parafiscale, d'autre part de redevance ou de rémunération pour services rendus (71).

En définitive les taxes fiscales se définissent essentiellement *a contrario* comme étant celles qui ne constituent ni des taxes parafiscales, ni des rémunérations ou redevances pour services rendus, d'autre part.

1) La notion de taxe parafiscale est restée longtemps très confuse et n'a été clairement déterminée que par l'ordonnance de 1959 relative aux lois des finances (72). Elle repose désormais sur deux critères : le but en vue duquel la taxe est perçue et la nature de la personne morale à laquelle le produit de l'imposition est affecté.

a) Le critère du but en vue duquel la taxe est perçue, est défini comme étant celui d'un « intérêt économique ou social ». Cette rédaction laissait donc place à une interprétation large de la jurisprudence. Le Conseil Constitutionnel a ainsi reconnu le but d' « intérêt économique » de la partie de la taxe perçue à l'occasion de la délivrance du permis de chasse et affectée au Conseil supérieur de la chasse (73). Le Conseil d'Etat a consacré ce même intérêt s'agis-

---

(70) On désignera ainsi, à la suite de M.P. Lavigne (note sous C.C. 23 février 1970, D. 1970.388) toutes les taxes perçues à titre obligatoire et qui ne constituent ni des taxes parafiscales, ni des rémunérations pour services rendus, ni des mesures accessoires aux décisions intervenues en matière de prix.

(71) Les mesures de prélèvements qui sont accessoires aux décisions intervenues en matière de prix, en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945, ne peuvent davantage être qualifiées d' « impositions de toutes natures » (C.E. 28 juin 1968, Benet, Rec. p. 404).

(72) Ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, art. 4, al. 3.

(73) C.C. 18 octobre 1961, Rec. C.C. p. 41.

sant du Centre technique des conserves de produits agricoles (74) et décidé que la perception d'une taxe affectée au soutien du théâtre privé constitue une contribution à des « activités d'ordre culturel (qui) présentent un caractère social » (75) et relève en conséquence de la parafiscalité.

*b)* Le critère de la personne morale à laquelle le produit de l'imposition est affecté présente un grand intérêt car il limite très sérieusement l'étendue du champ d'application de la parafiscalité. L'ordonnance précitée en exclut en effet l'affectation au profit de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs. Le Conseil Constitutionnel a fait application de cette règle dans sa décision du 23 février 1970, dans laquelle il a rappelé qu'une taxe perçue au profit d'un établissement public administratif ne pouvait, en aucun cas, avoir le caractère parafiscal (76). En revanche, s'agissant de l'ancienne R.T.F., établissement public à caractère industriel et commercial, le Conseil Constitutionnel déduit le caractère parafiscal de la taxe qui lui est affectée, notamment « du statut même de l'établissement en cause » (77). Le Conseil d'Etat a adopté la même solution, mais en termes implicites (78).

L'application de ce critère ne va d'ailleurs pas sans quelques difficultés. C'est ainsi qu'une même taxe peut désormais avoir le caractère parafiscal pour l'une de ses parts (79), et un caractère proprement fiscal pour une autre part, celle qui est affectée à l'Etat, aux collectivités territoriales ou à leurs établissements publics administratifs. Il en résulte que des autorités différentes deviennent compétentes pour la modification des diverses parts d'une même imposition (80).

Enfin Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat ont fait une application identique de la disposition qui permet aux personnes morales de droit privé de se voir affecter le montant d'une taxe parafiscale, le premier dans sa décision du 18 octobre 1961 et le second, dans sa décision *dame Anselme* (81).

Ces deux critères ne permettent cependant d'établir la distinction qu'entre taxe fiscale et taxe parafiscale. Or il faut encore dis-

---

(74) C.E. 10 février 1967, *Société des Etablissements Petitjean et autres*, Rec. p. 63.

(75) C.E. 13 juillet 1967, *dame Sancelme*, Rec. p. 309.

(76) D. 1970.388 et note précitée de M.P. Lavigne.

(77) C.C. 11 août 1960, R.D.P. 1960.1011, note Waline. — D. 1961.470, note Hamon, et 17 février 1961, Rec. C.C. p. 34.

(78) C.E. 10 février 1967, *Sté des Ets Petitjean*, précité.

(79) C.C. 18 octobre 1961, précité.

(80) Sur les problèmes posés en matière de compétences, cf. B ci-dessous.

(81) Décisions précitées.

tinguer cette dernière de la redevance ou rémunération pour services rendus. Ce faisant un troisième critère de la taxe parafiscale, forgé *a contrario* celui-là, va apparaître.

2) Voisine de la taxe parafiscale, la notion de redevance ou rémunération pour services rendus ne s'en distingue que par une différence de degré et non de nature. Le Conseil d'Etat l'a définie comme

« des redevances demandées à des usagers en vue de couvrir les charges  
« d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien  
« d'un ouvrage public et qui trouvent leur contrepartie directe dans les  
« prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage » (82).

C'est donc l'idée quantitative d'une équivalence entre le service rendu et le prix versé en contrepartie, qui est à la base de la redevance. Ce critère est relativement ambigu car il est commun à la fois à la taxe parafiscale et à la redevance (83). La première décision rendue par le Conseil Constitutionnel, le 11 août 1960, porte la marque de cette ambiguïté : elle qualifie en effet à deux reprises, dans ses motifs, de « redevance » une imposition dont elle consacre dans son dispositif le caractère parafiscal :

« Considérant que... la Radio-Télévision Française... reçoit « une redevance pour droit d'usage », dont le produit constitue l'essentiel des ressources lui permettant de faire face à l'ensemble de ses charges  
« d'exploitation et d'équipement; que cette redevance... a le caractère  
« d'une taxe parafiscale » (84).

Il n'y avait pas pourtant, à proprement parler, de conflit de jurisprudence entre les Conseils, mais élaboration implicite d'un nouvel élément de distinction entre taxe parafiscale et redevance, élément qui résidait dans le concept de proportionnalité entre l'imposition et

---

(82) C.E. 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, D. 1959.475, note Trotabas.

(83) M. Trotabas fait remarquer (note précitée) que le critérium de la redevance devrait s'attacher à la nature du service et non à l'équilibre financier de sa rémunération : « l'équivalence est une notion commune  
« à la taxe et à la redevance et pour distinguer celle-ci de celle-là, il faut  
« nécessairement recourir à un signe qualitatif par laquelle la redevance  
« s'oppose aux « impositions de toutes natures » réservées au législateur ».

(84) Sur les ambiguïtés de la rédaction cf. L. Trotabas, note sous cette décision (R.S.F. 1961.5).



le service (85). Ce critérium de différenciation s'est affirmé avec les décisions ultérieures du Conseil Constitutionnel. Celui-ci admit en effet qu'une taxe qui donne lieu à perception à chaque délivrance nouvelle d'un service, a le caractère de rémunération pour services rendus, et non de taxe parafiscale (86). L'harmonisation des deux jurisprudences est à présent si parfaite que les motifs sont rédigés en termes rigoureusement identiques par les deux Conseils. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt ORGANIC (87), comme le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 24 octobre 1969 (88), se fonde sur l'existence de « contrepartie directe des prestations fournies par le service », pour décider qu'il y a redevance et non taxe parafiscale.

La concordance des jurisprudences des Conseils en matière de détermination du contenu de la notion d'« impositions de toutes natures » va permettre l'élaboration d'une jurisprudence harmonieuse en ce qui concerne la délimitation des compétences législative et réglementaire à cet égard.

B. — La détermination des compétences législative et réglementaire en matière d'assiette, de taux et de modalités de recouvrement des impositions de toutes natures.

Malgré le double pluriel employé par la Constitution, l'ordonnance du 2 janvier 1959 a prévu un régime de compétence distinct de celui applicable aux impositions de toutes natures, pour les taxes parafiscales et la redevance pour services rendus (89). Celles-ci se trouvent ainsi soustraites, en tout ou en partie, à la compétence parlementaire (90).

1) Le principe selon lequel, même en matière de détermination des règles, le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer les modalités d'application desdites règles, prévaut également en ce qui

---

(85) Ceci avait été parfaitement aperçu par M. Léo Hamon (note sous déc. précitée, D. 1961.471).

(86) Déc. n° 66-38 L. du 10 mars 1966, Rec. C.C. p. 26.

(87) 30 juin 1967, Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce (O.R.G.A.N.I.C.) et autres, Rec. p. 286.

(88) Rec. C.C. p. 32.

(89) Articles 4 et 5.

(90) Cette restriction de la compétence parlementaire a été vivement critiquée par M. L. Trotabas (note précitée à la R.S.F. 1961.5), qui a fait valoir que les dispositions du 2 janvier 1959 sont contraires à celles de l'article 34 de la Constitution. En réalité, cette ordonnance ayant force de loi organique bénéficie comme telle, d'une présomption irréfragable de constitutionnalité dès sa promulgation.

concerne les impositions. Le Conseil Constitutionnel en a notamment fait application dans sa décision du 4 avril 1968 (91) :

« Considérant que si l'article 34 de la Constitution réserve à la compétence du législateur le soin de fixer « les règles concernant... l'assiette, « le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes « natures, il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures « d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles. »

Le Conseil d'Etat avait, dès 1964, admis, *a contrario*, la possibilité pour le pouvoir réglementaire de fixer certaines modalités des impositions, tout en lui déniait

« le pouvoir de modifier, par une mesure générale indistinctement applicable à tous les assujettis à la taxe dont s'agit, les principes mêmes « de l'imposition, tels que la loi les a fixés » (92).

Mais la haute Assemblée rappelait néanmoins que la détermination des règles de l'imposition fiscale appartenait au seul législateur.

2) En revanche la compétence législative est réduite à sa plus simple expression en matière de taxe parafiscale et disparaît complètement s'agissant de la rémunération des services rendus.

a) La règle selon laquelle les taxes parafiscales sont établies par décret en Conseil d'Etat (93) a été également appliquée par les deux Conseils (94). qui ont rappelé que le Parlement restait seul compétent pour autoriser la perception de ces taxes, au-delà du 31 décembre de l'année de leur établissement.

---

(91) Rec. C.C. p. 25.

(92) C.E. 4 déc. 1964. Ministre des finances et des affaires économiques c. Sté Etablissements Alfred Desbouvries, Rec. p. 615.

(93) L'article 4, al. 2 de l'ordonnance organique relative aux lois de finances dispose : « Les taxes parafiscales perçues dans un intérêt économique au profit d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs, sont établies par décret en Conseil d'Etat pris sur le rapport du Ministre des finances et du Ministre intéressé. La perception de ces taxes au-delà du 31 décembre de l'année de leur établissement doit être autorisée chaque année par une loi de finances ».

(94) Cf. notamment C.C. 11 août 1960 et 17 février 1961 précités et C.E. 10 février 1967, Société des Etablissements Petitjean, précité.

b) En ce qui concerne la rémunération des services rendus, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont consacré la disposition (95), aux termes de laquelle la compétence réglementaire est complète, illimitée et, par conséquent, exclusive de celle du législateur (96). Cette jurisprudence, qui porte sur les ressources de l'Etat, met directement en cause la compétence parlementaire en matière de lois de finances (97) et pose, par conséquent, le problème de la compatibilité de la répartition des compétences en matière d'impositions de toutes natures d'une part, de lois de finances et de lois de programme d'autre part.

C. — Les rapports entre la détermination des compétences en matière d'impositions de toutes natures d'une part, et en matière de lois de finances et de lois de programme d'autre part.

1) Les lois de finances et la détermination de la nature, du montant et de l'affectation des ressources et des charges de l'Etat (98).

Les compétences conférées au Parlement en matière de lois de finances concernent plus directement l'exercice de l'initiative des lois dans le cadre de la procédure parlementaire que la répartition proprement dite des matières entre les domaines de la loi et du règlement. Mais, dans la mesure où le contrôle, sinon l'initiative du Parlement, est étendu à des matières qui n'étaient pas visées à l'article 34, le domaine réglementaire s'en trouve réduit d'autant. Paradoxalement cette extension apparente de la compétence du législateur a abouti à une limitation du droit d'initiative des parlementaires au profit du Gouvernement ; c'est là la conséquence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a fait une stricte application des dispositions de l'article 40 de la Constitution, lesquelles posent le principe de l'irrecevabilité de toute initiative parlementaire de nature à entraîner une diminution des ressources publiques ou une aggravation des charges publiques (99).

---

(95) L'art. 5, al. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance précitée a purement et simplement repris la règle antérieurement appliquée par la jurisprudence (C.E. 23 déc. 1959, Jaquier et Camidessus, Rec. p. 705).

(96) C.C. 24 octobre 1969, précité et C.E. 30 juin 1967, O.R.G.A.N.I.C., précité.

(97) Aux termes de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 : « les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat ».

(98) Pour une étude détaillée des compétences respectives du Parlement et du Gouvernement, cf. J. M. Cotteret : « Le pouvoir réglementaire en matière budgétaire », R.S.F. 1963.371.

(99) Cette disposition figurait déjà, sous une forme atténuée, il est vrai, dans la Constitution de 1946 (article 17). Sur l'aggravation des restrictions imposées à l'initiative parlementaire, cf. l'addendum ci-dessous.

a) D'une part le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 20 janvier 1961 (100), a estimé que « l'expression » « charge publique » doit être entendue comme englobant, outre les charges de l'Etat, toutes celles antérieurement visées par l'article 10 du décret du 19 juin 1956 (101) sur le mode de présentation du budget de l'Etat et, en particulier, celles des divers régimes d'assistance et de sécurité sociale.

C'est donc l'acception la plus large de la notion de « charges publiques » que la haute Instance a faite sienne : la référence au texte de 1956 ne saurait cependant ignorer que la procédure parlementaire de la IV<sup>e</sup> République a maintenu pour l'essentiel la distinction entre les ressources proprement budgétaires et les redevances publiques (102). La définition retenue par le Conseil Constitutionnel est donc intrinsèquement large.

b) D'autre part, le caractère très strict de l'application faite par le Conseil Constitutionnel de l'article 40 ressort encore mieux si l'on sait que les auteurs des dispositions ayant pour conséquence l'aggravation des dépenses, y avaient inclus un relèvement des cotisations de nature à maintenir un équilibre financier excluant l'aggravation des « charges publiques » (103). Implicitement la haute Instance interprète donc l'article 40 comme prohibant toute initiative parlementaire tendant à l'augmentation des charges sans faire de distinction entre les charges nouvelles non compensées par des recettes nouvelles et celles qui sont assorties de recettes nouvelles.

Cette interdiction des recettes compensatoires, qui trouve de solides fondements dans les travaux préparatoires de la Constitution (104), n'est cependant opérante qu'à condition d'assimiler aux dépenses du budget de l'Etat, les autres charges publiques non budgétaires.

---

(100) D. 1962.177, note Hamon, S. 1961.165, note L. Philip.

(101) Ce texte était ainsi rédigé : « Aucune mesure législative ou réglementaire susceptible soit d'entraîner une dépense nouvelle, l'accroissement d'une dépense déjà existante, ou une majoration de la charge nette résultant de la gestion des comptes spéciaux du Trésor, soit de provoquer une perte de recettes ou encore, soit d'accroître les charges, soit de réduire les ressources des départements et communes ou des divers régimes d'assistance ou de sécurité sociale, ne peut intervenir en cours d'année ».

(102) Cf. la note précitée de M. L. Hamon. En particulier les débats du Comité Consultatif Constitutionnel, également invoqués par la Haute Instance à l'appui de sa décision, n'apportent aucun élément en ce sens.

(103) Cf. le débat qui s'est instauré à ce sujet à l'Assemblée Nationale le 12 juillet 1960, et l'opinion de Paul Reynaud (J.O. débats, p. 1894).

(104) Cf. Travaux préparatoires, p. 113.



« C'est par là, souligne M. L. Hamon (105), que, en précisant la notion « de charge, on aboutit à la question des recettes. »

Il en résulte une quasi-suppression du droit de l'initiative parlementaire à l'intérieur même de la procédure législative en matière financière. Tout en restant soumises au contrôle ultime du Parlement, les prérogatives du Gouvernement en sont corollairement renforcées. Il faut donc en conclure avec L. Philip que « cette disposition a une portée considérable » (106).

2) Les lois de programme ont été définies comme étant celles qui déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat (107). Le caractère extrêmement général de cette définition ne permet guère de déterminer ce que recouvrent exactement les lois de programme. Quant à la jurisprudence, elle n'a abordé cette question qu'une seule fois : le Conseil d'Etat a estimé, dans son arrêt Martial de Laboulaye (108) que l'organisation du marché du vin pour une certaine période de temps ne relevait pas d'une loi de programme et pouvait être légalement opérée par décret.

Aucune opposition n'apparaît donc entre les jurisprudences des deux Conseils en la matière.

## SECTION II

### LES AUTRES RUBRIQUES EGALEMENT ENONCEES PAR L'ARTICLE 34 EN MATIERE DE FIXATION DES REGLES

#### § 1. — *Les droits civiques et le régime électoral des Assemblées parlementaires et des assemblées locales*

Bien que la notion de droits civiques soit souvent plus large que celle de droits électoraux (109), le rapprochement des notions de

(105) Note précitée.

(106) Ibid.

(107) Article 34 *in fine* de la Constitution.

(108) C.E. 28 octobre 1960, A.J.D.A. 1961.20, concl. Heumann.

(109) L'imprécision de cette notion est d'autant plus marquée qu'elle n'a jamais fait l'objet d'une définition générale. Souvent son contenu est beaucoup plus vaste que celui des droits électoraux (articles 34 et 42 du Code pénal) mais parfois les deux définitions semblent se recouvrir (art. 109 à 113 du Code pénal, art. 16 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires).

droits civiques d'une part, de régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales (110) d'autres part, s'impose à raison de l'objet même des décisions rendues en la matière par les deux Conseils et qui a uniquement trait aux droits électoraux dont la définition et l'exercice sont inséparables du régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales.

La jurisprudence concordante des Conseils a dégagé tant en ce qui concerne la définition du contenu et de l'exercice des droits civiques, que la détermination du régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales, un double critère de séparation entre les domaines législatif et réglementaire.

A. — La distinction par matières : la détermination d'un bloc législatif.

Un premier partage est opéré quant aux diverses matières composant le bloc législatif. Le Conseil d'Etat avait ouvert la voie à une jurisprudence en ce sens, avec son arrêt Délégué général du Gouvernement en Algérie C. Allali (111), dans lequel il avait estimé que la condamnation à une peine d'emprisonnement entraînant la perte définitive des droits de vote, d'élection et d'éligibilité, n'emportait pas la perte de la totalité des droits civiques. Sans énumérer d'avantage les matières qu'englobent les droits civiques, le Conseil Constitutionnel adoptait une position semblable dans sa décision du 3 mai 1961, en relevant que l'attribution du droit de suffrage figure « notamment » au nombre des règles concernant les droits civiques (112).

La haute Instance devait faire une application explicite de ce critère dans sa décision du 4 décembre 1962, dans laquelle elle indiquait une liste de matières entrant dans le domaine législatif :

« Considérant que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur « le soin de fixer les règles concernant... "les droits civiques"... ainsi que « celles "concernant le régime électoral des assemblées parlementaires « et des assemblées locales " ; qu'au nombre de ces règles figurent notamment celles qui sont relatives à l'attribution du droit de suffrage, à « l'éligibilité, au mode de scrutin, à la répartition des sièges ainsi que

---

(110) Par assemblée locale, il faut entendre les Assemblées délibérantes des collectivités territoriales : C.E. 2 février 1962, Beausse, Rec. p. 82 et 29 avril 1970, Salini, Rec. p. 903.

(111) 1<sup>er</sup> février 1961, Rec. p. 74. Pour une confirmation de cette jurisprudence, Cf. 30 nov. 1966, Diacono, Rec. T. 972.

(112) Rec. C.C. p. 36, S. 1961.349, note Hamon.

« celles qui concernent l'ouverture des recours qui peuvent être éventuellement formés contre les décisions et les effets des décisions juridictionnelles par lesquelles il est statué sur ces recours » (113).

Bien que le domaine de la loi ne se limite pas aux seules matières énumérées par le Conseil Constitutionnel cette décision n'en présente pas moins l'intérêt de fournir une liste de matières législatives, permettant ainsi une première approximation de la séparation des domaines de la loi et du règlement à cet égard. A ce premier critère de distinction, la jurisprudence en a ajouté un second qui porte sur les matières mêmes du bloc législatif.

B. — La distinction à l'intérieur même des matières du bloc législatif.

La compétence du Parlement ne s'exerce pas de façon illimitée à l'intérieur même des matières qui constituent le bloc législatif. La distinction classique entre la détermination des règles — qui ressortissent au domaine de la loi — et la mise en œuvre desdites règles — qui entrent dans le domaine du règlement — s'applique également aux matières considérées.

1) C'est eu égard à l'importance de l'objet en cause qu'une disposition est jugée entrer dans le domaine de la loi. Comme le droit de suffrage est au nombre des droits civiques, tout ce qui touche à l'attribution et à l'exercice de ce droit fait partie du domaine législatif et le Gouvernement doit se borner « à prendre les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ce droit » (114). S'agissant du vote des Français à l'étranger, l'admission d'une catégorie de citoyens au bénéfice du vote par procuration entre dans « l'attribution du droit de suffrage », c'est-à-dire dans le domaine de la loi, en revanche les modalités d'établissement de la procuration ne sont que des mesures d'application entrant dans le domaine réglementaire. Le Conseil Constitutionnel fait donc entrer dans le domaine législatif le vote par procuration, qui ne paraît être qu'une modalité du droit de suffrage, car il constitue, en fait, pour les Français de l'étranger, la condition d'une possibilité pratique d'exercice de ce droit. Cette méthode de raisonnement a été excellemment définie par M. L. Hamon :

---

(113) Rec. C.C. p. 34, S. 1964.61, note Hamon.

(114) Décision précitée du 3 mai 1961.

« Quand l'existence d'un droit est dans le domaine de la loi, le principe « de sa possibilité pratique d'exercice ne peut en être exclu » (115).

Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs pris soin de préciser que les mesures réglementaires ne peuvent être prises que

« dans le cadre de ces règles (législatives) et dans le respect des principes qui les inspirent » (116).

2) La jurisprudence des Conseils applique les mêmes critères de distinction en ce qui concerne les matières touchant au régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;

Pour le Conseil Constitutionnel, les effets des jugements qui peuvent intervenir en matière électorale et la répartition des sièges à pourvoir entre les listes concurrentes font partie du domaine réglementaire (117). Le Conseil d'Etat a décidé, de façon identique, que le mode de désignation des assesseurs des bureaux de vote et le rôle des délégués des candidats ne constituent que des modalités d'application des règles législatives et échappent, en conséquence, au domaine de la loi (118).

L'application de principes et de critères identiques par les deux Conseils aboutit donc à une grande concordance jurisprudentielle.

## § 2. — *La création de catégories d'établissements publics*

La triple limitation de la compétence législative aux *règles de création de catégories d'établissements publics* paraissait se situer dans le droit fil de l'abaissement du pouvoir législatif (119). Mais tout jugement formulé à cet égard ne pouvait être qu'hypothétique tant

---

(115) Note sous décision précitée.

(116) Ibid.

(117) Décision précitée du 4 décembre 1962.

(118) C.E. 27 octobre 1965, Lallemand, Rec. p. 549.

(119) La règle ancienne était posée par la loi du 13 juillet 1925 qui réservait à la loi la création de tout établissement public national (C.E. 14 mai 1948 Saragosse S. 1949.III.25) ou la transformation en établissement public d'un service préexistant (C.E. 13 mai 1960, Diop, Rec. 454). M. Waline remarque à ce propos que par rapport à l'ancien état de droit, l'art. 34 est « ... à la fois plus ou moins sévère ; plus sévère en ce qu'il interdit « la création par le pouvoir exécutif de catégories d'établissements publics autres que nationaux, moins sévère en ce que, pour les établissements



que la jurisprudence des Conseils n'avait pas précisé le sens de ces trois concepts.

#### A. — La détermination des règles de création.

Les Conseils ont déterminé les règles de création selon des critères semblables à ceux qu'ils ont fait prévaloir s'agissant de la création de nouveaux ordres de juridiction (120).

Les règles de création d'une catégorie comprennent nécessairement les règles constitutives. Sans en donner dès l'abord une définition générale, le Conseil Constitutionnel avait tracé de façon empirique la ligne de partage entre les matières qui constituent des règles constitutives et celles qui, au contraire, ne touchent pas à la création proprement dite de catégories, dans sa décision du 27 novembre 1959 (121). C'est ainsi que s'agissant de la Régie Autonome des Transports Parisiens, il a fait figurer au nombre des règles constitutives relevant du législateur, celles des dispositions qui prévoient la présence de représentants des collectivités locales au sein du Conseil d'administration. En revanche la détermination du nombre total des membres de ce Conseil et celui des représentants des collectivités locales qui en font partie ne touchent pas aux règles de création (122). Tout en affirmant que les règles de création comprennent toutes les règles constitutives à caractère général d'une catégorie, cette décision présentait l'inconvénient de ne contenir aucune définition, si large soit-elle, du concept de règles de création, allant au-delà des termes mêmes de l'espèce.

C'est néanmoins dans la direction assez vague ainsi ouverte par le Conseil Constitutionnel que le Conseil d'Etat allait s'orienter en déterminant *a contrario* ce que le concept de création de catégories ne contenait pas, dans sa décision Fédération Nationale des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (123). Pour la haute Assemblée, la modification des règles régissant les caisses des écoles

« n'a pas pour objet de créer une catégorie nouvelle d'établissements publics, mais seulement de modifier les conditions d'organisation et de fonctionnement d'établissements publics existants. »

---

« nationaux, il laisse désormais le pouvoir exécutif créer des établissements nationaux pourvu que ceux-ci entrent dans une catégorie déjà prévue par la loi » (note sous C.C. 27 nov. 1959, R.D.P. 1960.1018).

(120) Cf. ci-dessus, section I, § 3, p. 243.

(121) Déc. n° 59-1 L du 27 novembre 1959, Rec. C.C. p. 67, D. 1960.518, note Hamon et R.D.F. 1960.1018, note Waline.

(122) Pour une critique de cette distinction, Cf. note précitée de M. L. Hamon.

(123) C.E. 24 mai 1963, Rec. p. 321, A.J.D.A. 1963.343.

Les règles d'organisation et de fonctionnement ne font donc partie des règles constitutives que dans la mesure où l'établissement public qu'elles régissent constitue à lui seul une catégorie sans précédent d'établissements publics. Ce principe fut affirmé très nettement par le Conseil Constitutionnel dans sa décision des 17-19 mars 1964 (124) où, après avoir affirmé, que la R.T.F. constitue à elle seule une catégorie d'établissements publics, il précise :

« Que dès lors le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives, qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radio-Télévision française avec l'Etat, mais encore, en raison du caractère exceptionnel que celle-ci présente pour les motifs susindiqués, les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement » (125).

Le concept des règles de création se trouve ainsi défini de manière extensive comme englobant toutes les dispositions touchant l'organisation et le fonctionnement de la catégorie en cause ainsi que les rapports avec l'Etat. La jurisprudence concordante des Conseils a donc rejeté la conception restrictive de la compétence législative, selon laquelle le domaine dévolu au législateur ne comprenait que les règles de procédure et de compétence touchant à la création de catégories d'établissements publics (126).

La détermination des domaines respectifs du Parlement et du Gouvernement dépend finalement de la définition des deux concepts de catégories d'établissements publics.

#### B. — La définition des concepts de catégories d'établissements publics.

Les trois critères d'une même catégorie d'établissements publics ont été posés par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 juillet 1961 (123), en ces termes :

---

(124) Rec. C.C. p. 33, A.J.D.A. 1964.302, D. 1965.189, note Hamon.

(125) Cette rédaction a été fidèlement reproduite par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 janvier 1968 sur l'O.R.T.F. qui avait succédé à la R.T.F. (Rec. C.C. p. 23). Cette dernière décision n'apporte donc rien de nouveau en la matière.

(126) Cf. en ce sens l'intervention de M. de Grailly devant l'Assemblée Nationale (J.O. 1963, p. 7829) et les commentaires de M. L. Hamon, in « Vie et droit parlementaires » (R.D.P. 1964.112).

(127) Rec. C.C. p. 39, S. 1961.253, note Hamon.

« Considérant que doivent être regardés comme entrant dans une même « catégorie, au sens de la disposition susmentionnée, les établissements « publics dont l'activité a le même caractère — administratif ou industriel « et commercial — et s'exerce, territorialement sous la même tutelle « administrative et qui ont une spécialité étroitement comparable ;

« Considérant que, dans le cadre des règles fixées par le législateur « pour la création d'une catégorie, les dispositions régissant chacun des « établissements qui peuvent être rangés dans ladite catégorie, ressortis- « sent à la compétence réglementaire. »

Comment la jurisprudence ultérieure des Conseils a-t-elle fait application de ces critères ?

1) Le critère du caractère de l'activité exercée — administratif ou industriel et commercial — est certainement le plus difficile à préciser, ne serait-ce qu'en raison des nombreuses incertitudes qui prévalent à cet égard tant en doctrine qu'en jurisprudence (128).

a) On se bornera à constater qu'il n'en postule pas moins que toute transformation d'un établissement public administratif en établissement public industriel et commercial, met en cause la création d'une catégorie d'établissements publics et relève, en conséquence, du domaine de la loi. Mais le caractère déterminant de ce critère a été contesté par le commissaire du Gouvernement Rigaud dans ses conclusions sous l'arrêt Lherbier, pour des raisons dont a vu qu'elles relèvent davantage de l'opportunité que de la légalité (129). M. Rigaud n'en affirmait pas moins (130).

« Il est permis de se demander si ce dernier élément (caractère administratif ou industriel et commercial) peut encore être regardé comme « déterminant... Nous croyons en effet que ce caractère est de plus en « en plus dépourvu de signification.

« Nous avons déjà rappelé qu'un établissement public, qu'il soit à caractère administratif ou industriel et commercial, peut quasi indifféremment gérer des activités soumises au droit public ou au droit privé.

« ... Bref, le caractère industriel et commercial de la caisse est tout au « plus un symbole, une enseigne, non une donnée juridique... »

---

(128) Un aperçu de ces incertitudes est donné par le Commissaire du Gouvernement Rigaud dans ses conclusions sur l'arrêt Lherbier (A.J.D.A. 1965.103).

(129) Cf. ci-dessus, pp. 145 et ss.

(130) Conclusions précitées.

Le conflit de jurisprudence entre les deux Conseils resta cependant latent, le Conseil d'Etat évitant soigneusement dans la rédaction de sa décision de soulever le moyen tiré de la violation de la compétence législative en matière de création de catégories d'établissements publics, moyen qui n'était d'ailleurs pas invoqué par le requérant.

b) L'harmonie jurisprudentielle, qui avait été implicitement, sinon explicitement troublée, a été rétablie par l'arrêt du Conseil d'Etat, *Gentils* (131), dont la rédaction ne laisse aucun doute, tant sur le rôle déterminant du critère tiré du caractère administratif ou industriel et commercial que sur la valeur tout à fait circonstancielle de la solution proposée par M. Rigaud dans ses conclusions sur l'arrêt *Lherbier*. Le Conseil d'Etat affirme en effet :

« Considérant en premier lieu que les décisions attaquées... ne contiennent aucune disposition relevant de la compétence du législateur et « n'ont pas notamment transformé le Comité interprofessionnel en un « établissement public industriel et commercial. »

2) La soumission à la même tutelle territoriale, qui s'impose en raison de l'extension de la compétence législative que la Constitution ne limite plus aux seuls établissements publics nationaux (132), a été mentionnée à diverses reprises par le Conseil Constitutionnel à titre d'élément déterminant. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a jamais eu l'occasion d'en faire usage jusqu'à présent.

3) Le troisième et dernier élément déterminant, celui du caractère comparable de la spécialité de l'établissement public est également appliqué et interprété de façon concordante par les deux Conseils. Ceux-ci reconnaissent qu'ont une spécialité comparable, les établissements qui ont un objet comparable et obéissent à des règles communes d'organisation et de fonctionnement : « La spécialité, écrit M. Rigaud (133) c'est donc une manière commune d'assurer une mission analogue. » Cette définition laisse place à deux interprétations, l'une large, l'autre étroite.

a) L'acception étroite de la spécialité s'attache au caractère particulier de l'objet qui fait la spécialité de l'établissement public.

---

(131) C.E. 19 janvier 1968, Rec. p. 44.

(132) Cf. notamment, Déc. n° 66-41 L du 8 juillet 1966 (Rec. C.C. p. 31 et n° 67-47 L du 12 déc. 1967, Rec. C.C. p. 34).

(133) Conclusions précitées sur l'arrêt *Lherbier*.



Prise au pied de la lettre, cette conception conduit à assimiler à une nouvelle catégorie d'établissements publics la quasi-totalité des établissements publics. Le Conseil Constitutionnel suivi par le Conseil d'Etat, l'a donc écartée.

b) L'acception de la spécialité à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence retient le caractère général de l'objet et est, par conséquent, beaucoup plus large. Ainsi l'objet particulier de l'enseignement effectivement dispensé à l'Institut des hautes études d'Outre-Mer ne diffère pas cet établissement des autres établissements publics d'enseignement supérieur ; au contraire leur spécialité reste étroitement comparable (134). Le Conseil d'Etat a adopté la même position s'agissant de la mise en place des écoles nationales de chirurgie dentaire, instituts de faculté non dotés de la personnalité morale (135). Cette interprétation est conforme aux traits principaux auxquels la doctrine s'était attachée pour construire la notion même d'établissement public. Elle est, de surcroît, fidèle à l'esprit de la Constitution qui s'oppose à l'extension quasiment démesurée du domaine législatif, à laquelle eût inmanquablement conduit une définition trop étroite de la spécialité. Corrélativement lorsque des attributions nouvelles sont confiées à une catégorie d'établissements publics préexistants, il n'y a création entraînant la compétence du législateur que si ces attributions emportent l'adjonction d'une spécialité nouvelle qui ne soit pas comparable à celle antérieurement dévolue à ladite catégorie. Ainsi l'extension du contrôle de la commission de vérification des comptes des entreprises publiques à un établissement public préexistant n'a pas pour effet de créer une nouvelle catégorie d'établissements publics (136).

c) Mais tout en se refusant à donner au concept de spécialité une acception trop étroite, les Conseils ont admis qu'une nouvelle catégorie est créée chaque fois qu'il est institué un seul ou plusieurs

---

(134) C.C. 18 juillet 1961, Rec. C.C. p. 39.

(135) C.E. 22 janvier 1969, Benoit et autres, Rec. p. 707. Il semble que le Conseil d'Etat ait récemment adopté une conception moins large de la spécialité et ait, par conséquent, élargi le domaine législatif. La haute Assemblée a, en effet jugé que les centres hospitaliers régionaux constituent des établissements publics locaux et que toute atteinte à leur autonomie relève de la compétence législative. Ceci sous-entend que ces centres constituent donc, à eux seuls, une catégorie d'établissements publics (14 mai 1971, Fassquelle et autres, Rec. p. 360).

(136) C.C. 18 décembre 1964, Rec. C.C. p. 29 et A.J.D.A. 1965.100, et C.C. n° 67-48 L du 12 décembre 1967, Rec. C.C. p. 37. La même solution a été appliquée à l'extension des compétences de l'Agence de défense des biens et intérêts des rapatriés : déc. n° 66-7 F.N.R. du 21 déc. 1966, Rec. C.C. p. 37.

établissements publics dont l'objet et le statut sont originaux par rapport à ce qui existait auparavant. Comme le remarque M. Wailine (137) :

« Que ce cadre juridique soit destiné à être occupé par plusieurs établissements publics ou par un seul ne change rien au fait qu'une nouvelle catégorie est créée. »

Ainsi la Radio-Télévision Française constitue à elle seule une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national, tant à raison de son objet que du monopole des émissions dont elle est investie (138). Il en va de même de la R.A.T.P. En revanche, la Caisse Nationale des marchés de l'Etat ne constitue pas à elle seule une catégorie d'établissement public car elle entre dans la même catégorie que la Caisse Nationale de l'énergie (139).

Dans cette matière dont les concepts sont rien moins que clairement précisés par la jurisprudence administrative (140), les deux Conseils ont réussi, après quelques tâtonnements, à formuler une jurisprudence remarquablement concordante.

### § 3. — *Les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé*

Toute nationalisation implique l'existence d'un transfert de propriété et semble-t-il d'un transfert total (141). Il est donc vraisemblable qu'elle ne corresponde pas à la notion exactement inverse des transferts de propriétés d'entreprises du secteur public au secteur privé (142). Aucune décision jurisprudentielle n'est venue à ce jour éclaircir ce point et confirmer que par transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, il fallait entendre le

---

(137) Note précitée.

(138) Cf. décisions précitées des 17-19 mars 1964, 30 janvier 1968 et 27 novembre 1959.

(139) Concl. Rigaud sous Lherbier, précité.

(140) Cf. à ce sujet les manuels de droit administratif, et notamment G. Vedel, pp. 545 et ss. et J. Rivero, n° 496.

(141) Ceci semble confirmé par le fait que la constitution d'une société d'économie mixte n'est pas regardée comme une nationalisation. Il ne peut en être autrement que si l'attribution de biens à une société d'économie mixte résulte de la nationalisation préalable d'une entreprise privée (Cf. par exemple loi n° 61-1321 du 7 décembre 1961).

(142) En ce sens, J. Groux, op. cit., p. 55, tome II.

transfert du contrôle de la majorité des actions au secteur privé et non la dénationalisation pure et simple, impliquant l'appropriation privée intégrale.

La seule décision rendue en la matière l'a été par le Conseil Constitutionnel le 29 janvier 1960 (143). Le domaine législatif y a fait l'objet d'une interprétation des plus extensives. Il s'agissait, en l'occurrence, de la liquidation de la S.N.E.P. (Société Nationale des Entreprises de Presse), ladite liquidation mettant un terme à l'activité de cette société et excluant, par conséquent, tout transfert d'entreprise ou même d'une partie du capital de celle-ci. La haute Instance a donc assimilé des rétrocessions futures de biens et une mise en liquidation à un transfert d'entreprises.

Le domaine législatif, ainsi défini dans son acception la plus large, inclut même les modalités de fixation des règles en cause, puisqu'il comprend également la fixation du délai imparti pour la dissolution découlant de cette mise en liquidation.

---

(143) Décision n° 60-3 L, Rec. C.C. p. 30, D. 1960.461, note Hamon.

## CHAPITRE II

### LA JURISPRUDENCE DES CONSEILS EN MATIERE DE DETERMINATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DES REGLES RELATIVES AUX GARANTIES FONDAMENTALES

#### SECTION I

##### LA DETERMINATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les jurisprudences en la matière seront comparées dans l'ordre énoncé par l'article 34.

##### § 1. — *Les principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense Nationale*

Le Conseil Constitutionnel ayant rendu deux décisions à ce sujet (1), mais le Conseil d'Etat n'ayant jamais encore statué à cet égard, aucune comparaison ne peut être actuellement entreprise.

##### § 2. — *Les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources*

L'article 34 est, en la matière, précisé par l'article 72 de la Constitution, qui dispose :

« Les collectivités territoriales (2) de la République sont les communes, « les départements, les territoires d'Outre-Mer. Toute autre collectivité « est créée par la loi. Ces collectivités s'administrent librement par des « conseils élus et dans les conditions prévues par la loi... »

---

(1) 17 novembre 1966, Rec. C.C. p. 32 et 9 mai 1967, Rec. C.C. p. 27.

(2) Bien que l'article 34 parle de « collectivités locales » et l'article 72 de « collectivités territoriales », les commentateurs estimaient que les deux termes avaient une signification identique et étaient parfaitement interchangeables (Cf. en ce sens J. Groux, op. cit., t. II, p. 67). Le Conseil Constitutionnel a démenti cette analyse en assimilant aux collectivités locales « les établissements publics qui leur sont rattachés » (12 mai



Il résulte de ce texte que le principe fondamental est celui de la liberté des collectivités et qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire d'y porter atteinte. Mais la liberté d'administration des collectivités locales ne saurait être illimitée ni leurs compétences sans partage. Au titre des « conditions » visées à l'article 72, c'est à la loi qu'il incombe de fixer les attributions des collectivités locales. Ceci a pour corollaire l'inclusion dans le domaine législatif des règles afférentes à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales (3). Ainsi apparaissent, dès l'abord, les deux grands chefs de compétence du législateur en la matière ; la définition des principes de la libre administration des collectivités locales et de leurs compétences d'une part, la détermination de la répartition entre l'Etat et les collectivités locales, des compétences et des ressources de celles-ci, d'autre part.

A. — La définition des principes de la libre administration des collectivités locales et de leurs compétences.

C'est à partir de la nature et de l'usage des différents pouvoirs qui sont susceptibles d'être conférés aux collectivités locales que la jurisprudence délimite les domaines de la loi et du règlement en matière de libre administration des collectivités locales et de définition des compétences de celles-ci. Cette méthode, dont le Conseil Constitutionnel a posé les principes dans sa décision du 12 mai 1964 (4) et à laquelle le Conseil d'Etat s'est rallié, est donc essentiellement empirique et s'attache davantage à l'analyse du contenu objectif de chaque disposition d'un texte, qu'au sens qui se dégage de l'ensemble de ce texte. La haute Instance l'a dit de façon très explicite :

« Considérant, toutefois que si ces dispositions relèvent dans leur « ensemble, du domaine du règlement, il y a lieu pour certaines d'entre

---

1964, Rec. C.C. p. 37. — S. 1964.334, note Hamon (cf. les développements consacrés à la création de catégories d'établissements publics).

(3) Les dispositions des articles 34 et 72 ne se complètent pas de façon parfaitement harmonieuse. Cela tient à ce que, au cours de l'élaboration de la Constitution, l'article 72 (article 65 de l'avant-projet) n'a pas été sensiblement modifié alors qu'au contraire les dispositions de l'article 34 (ancien article 31), sur les collectivités locales, ont été profondément remaniées. Les anciens articles 31 et 65 se complétaient harmonieusement l'un l'autre, en ce sens que l'article 31 attribuait compétence au législateur pour régler les questions relatives « à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales » et précisait ainsi quelles pouvaient être notamment les « conditions » fixées par la loi, de la libre administration des collectivités territoriales.

(4) Précitée, S. 1964.334, note Hamon.

« elles, de préciser que le caractère réglementaire ne saurait être regardé « comme s'étendant à l'intégralité de leur contenu » (5).

Bien que l'application d'une méthode aussi empirique ne rende pas aisée une comparaison des jurisprudences des Conseils, les solutions dégagées par ceux-ci présentent un très haut degré de concordance.

Trois grands chefs de compétence ont été reconnus au législateur : la fixation de l'étendue des pouvoirs des collectivités locales, la détermination du principe de la représentation par voie d'élection et la définition du domaine de la tutelle.

1) Le caractère législatif de la fixation de l'étendue des pouvoirs des collectivités locales est un élément déterminant tant de la libre administration que des compétences de celles-ci. Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat estiment que toute modification, si minime soit-elle, des compétences des collectivités locales, relève du domaine législatif dès lors que ces collectivités se trouvent dépouillées d'un ou plusieurs pouvoirs au profit de l'Etat (6). Le critère de la compétence législative repose sur le transfert de pouvoir des collectivités locales à l'Etat. Rien ne s'oppose donc à ce que les modalités d'exercice de ces pouvoirs soient aménagées différemment selon les cas d'espèce. Le Commissaire du Gouvernement Dutheillet de Lamothe a démontré dans ses conclusions sous l'arrêt Papin (7) que si le Conseil Constitutionnel avait consacré le caractère législatif de la disposition prévoyant la consultation obligatoire du Conseil Général lorsqu'il s'agit d'imposer à certaines communes qui n'en veulent pas, la constitution d'un syndicat de communes (8), le Conseil d'Etat pouvait très bien décider qu'il n'en était pas ainsi lorsque des modifications territoriales décidées par le Préfet ne pouvaient entrer en vigueur que lorsque les conseils municipaux et les commissions syndicales intéressées ont fait connaître leur accord sur les changements proposés. Dans cette dernière hypothèse en effet, l'intégralité des pouvoirs des collectivités intéressées est préservée par la nécessité de l'accord préalable de chacune d'elles alors que s'agissant de l'espèce jugée par le Conseil Constitutionnel, l'absence d'un tel accord préalable avait pour effet de faire de la consultation du

---

(5) Ibid.

(6) C.C. 12 décembre 1967 (67-49 L), Rec. C.C. p. 39.

C.C. 27 février 1969 (69-52 L), Rec. C.C. p. 21.

C.E. 23 avril 1969, sieur Prat et Ville de Toulouse, Rec. p. 218.

(7) C.E. 3 avril 1968, A.J.D.A. 1968.515.

(8) Décision du 12 mai 1964, précitée.

Conseil général, une des « garanties de la libre administration » des collectivités territoriales.

Cette méthode d'appréciation souple favorise une interprétation assez extensive du domaine législatif.

2) Les Conseils ont également affirmé le caractère législatif de tout ce qui touche au principe même de la représentation des collectivités locales par voie d'élection au sein des établissements publics locaux : le Conseil Constitutionnel dans ses décisions des 27 novembre 1959 (9) et 12 mai 1964 (10), le Conseil d'Etat dans son arrêt Bellet (11), par lequel il a réaffirmé ce principe et en a déduit *a contrario* que la fixation d'une limite d'âge à l'exercice des fonctions des maires nommés dans les arrondissements de Paris, ressortissait au pouvoir réglementaire car ces maires n'étaient pas élus, mais nommés par l'autorité réglementaire.

3) Les Conseils ont enfin affirmé le caractère législatif de la détermination du domaine de la tutelle administrative qui s'exerce sur les collectivités locales ainsi que sur les établissements publics qui leur sont rattachés mais consacré, au contraire, la nature réglementaire des conditions d'attribution de cette tutelle entre les diverses autorités compétentes pour l'exercer (12). Cette distinction requiert une analyse plus approfondie.

La tutelle se définit comme « le contrôle exercé par l'Etat sur un organe décentralisé » (13). Toute extension de la tutelle a donc pour corollaire, sinon un transfert de compétences pur et simple des collectivités à l'Etat, du moins une mise sous contrôle de ceux des pouvoirs des collectivités auxquelles la tutelle est étendue. Par là même la détermination du domaine de la tutelle ne peut échapper à la compétence législative. En revanche, l'étendue du domaine de la tutelle étant définie, les attributions de cette tutelle aux autorités chargées de l'exercer au nom de l'Etat, ne diminue en rien les prérogatives des collectivités en cause. Cette dichotomie recouvre assez bien la célèbre opposition entre la décentralisation et la déconcentration qu'un observateur avisé avait très tôt proposé comme critère de délimitation des domaines de la loi et du règlement en la matière (14).

---

(9) D. 1960.518, note Hamon.

(10) Précitée.

(11) Ibid.

(12) C.C. 12 mai 1964, précité et 9 juillet 1970, Rec. C.C. p. 41. C.E. 3 avril 1968, Papin, précité.

(13) Jean Rivero : « Droit administratif », n° 325.

(14) J. Groux, op. cit., tome II, p. 68.

## B. — Les ressources des collectivités locales.

Le Conseil Constitutionnel a posé, le principe selon lequel les ressources des collectivités locales devaient s'entendre de toutes celles que lesdites collectivités « peuvent inscrire en recettes à leurs budgets » (15). La loi peut donc seule créer ou supprimer des ressources fiscales au profit des collectivités locales (16). Le Conseil d'Etat, tout en se ralliant à la jurisprudence formulée par le Conseil Constitutionnel, y a apporté une limitation importante, mais qui n'est, en fait, qu'une transposition des principes dégagés par ce dernier en matière de sécurité sociale (17) : si le législateur est seul compétent pour fixer les conditions auxquelles est subordonné l'octroi ou le refus d'une subvention parce que ces conditions sont liées à la détermination des ressources susceptibles d'être affectées aux collectivités, en revanche la fixation du taux de la subvention est du domaine réglementaire.

Le Conseil d'Etat a donc infléchi les règles posées par le Conseil Constitutionnel en la matière car il est certain que l'application de taux différents a pour conséquence une modification des recettes des collectivités locales (18). Il n'y a pas cependant, à proprement parler, de conflit de jurisprudence entre les Conseils à ce propos parce que la règle selon laquelle la fixation des taux des subventions ressortit au domaine réglementaire, a été initialement posée par le Conseil Constitutionnel dans une autre matière, et que le Commissaire du Gouvernement a fortement souligné dans ses conclusions que le principe de la compétence réglementaire avait pour « correctif » l'interdiction de dénaturer (19).

Les deux jurisprudences restent donc en harmonie.

### § 3. — *Les principes fondamentaux de l'enseignement.*

Deux décisions ont été, jusqu'à présent, rendues en la matière par le Conseil d'Etat (20), le Conseil Constitutionnel n'ayant jamais eu encore à statuer à cet égard. Il n'y a donc pas matière à comparaison.

---

(15) Décision du 12 mai 1964, précitée.

(16) Le principe et le volume global de ces subventions sont votés par le Parlement dans la loi de finances ; cf. ci-dessus pp. 250 et ss.

(17) Cf. ci-dessous, p. 275.

(18) C.E. 13 déc. 1968, Fédération Nationale des élus républicains municipaux et cantonaux, A.J.D.A. 1969-33, concl. Kahn.

(19) Ibid.



§ 4. — *Les principes fondamentaux du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales.*

Une étude véritablement complète de la matière conduirait à un examen détaillé de l'ensemble des règles du droit civil et commercial français, ce qui excéderait largement les limites de cette étude. Car, comme l'a souligné M. Odent (21) :

« La rédaction de cet alinéa est, en effet, d'une imprécision à la fois « décourageante pour le commentateur et précieuse pour les requérants « à court d'arguments et qui cèdent tout naturellement à la tentation « de se prévaloir d'une méconnaissance de cette disposition lorsqu'ils invoquent une violation de l'article 34 » (22).

La seconde difficulté inhérente à la matière a été mise en lumière par M. Paul Durand (23) qui a montré combien ces principes fondamentaux sont hétérogènes, les uns traduisant « une idéologie politique » (liberté des contrats, prohibition de l'enrichissement sans cause, par exemple), les autres correspondant « à des exigences fondamentales de la technique juridique » (distinction des biens meubles et immeubles, distinction des droits de créance et des droits réels, par exemple). En outre tous ces principes sont privés de sens ou de valeur s'ils sont dissociés des conditions pratiques dans lesquelles ils peuvent être mis en œuvre (24). C'est pourquoi les développements qui vont suivre seront limités à un examen de la jurisprudence des Conseils touchant aux deux principaux critères de la répartition des compétences : les limitations apportées au principe fondamental par l'état de droit antérieur à 1958 et les critères servant à la détermination des principes fondamentaux en la matière.

---

(20) 12 juillet 1969, Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Etienne, Rec. p. 379, et 14 mai 1971, sieur Fasquelle et autres, Rec. p. 360.

(21) Op. cit. t. I, pp. 211-212 (éd. 1970-71).

(22) Le Conseil d'Etat a de plus en plus tendance à faire justice de ces prétentions en une courte phrase, cf. notamment en ce sens : 5 mai 1967, Conseil National de l'Ordre des médecins, D.S. 1967.526, concl. Braibant, note Bing.

(23) « La décadence de la loi dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République », J.C.P. 1959.I.1470.

(24) On peut notamment citer à cet égard l'exemple de la prescription.

A. — La prise en considération des limitations apportées au principe fondamental par l'état de droit antérieur à 1958.

1) Dans sa décision du 27 novembre 1959 (25), le Conseil Constitutionnel a affirmé :

« Considérant que ceux de ses principes qui sont ici en cause, à savoir « la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la « volonté des contractants et l'immutabilité des conventions doivent être « appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été « introduites par la législation antérieure pour permettre certaines inter- « ventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations « contractuelles entre particuliers. »

Le domaine de la loi, déjà limité, à la détermination du seul principe est encore restreint car les exceptions qui ont été apportées par le législateur à ce principe, se trouvent exclues du domaine législatif.

Cette interprétation du domaine législatif a été vivement critiquée par la majeure partie de la doctrine. Ainsi, M<sup>me</sup> Batailler fait grief au Conseil Constitutionnel de n'avoir pas dégagé « une notion définie abstraitement, déterminable une fois pour toutes dans chaque matière », mais « une donnée fluctuante qui colle étroitement aux règles en vigueur, qui a une coloration historique » (26). Pour M. Vincent, ce critère est singulièrement restrictif car

« il conduit à apprécier la notion de principes fondamentaux non par « rapport au régime général de la propriété, mais dans le cadre d'un « régime particulier » (27).

Dans ses conclusions sur l'arrêt Karle (28), le Commissaire du Gouvernement Fournier avait développé une critique systématique de l'interprétation du Conseil Constitutionnel :

---

(25) Rec. C.C. p. 71, R.D.P. 1960.1011, note Waline, D. 1960.533, note Hamon.

(26) Op. cit., p. 496.

(27) Vincent : « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », A.J.D.A., 1965.570.

(28) Concl. sous C.E. 18 mai 1960, Rec. p. 333.

« Exiger des principes fondamentaux qu'ils couvrent l'ensemble d'une matière, c'est en diminuer singulièrement le nombre. Les interpréter, compte tenu des atteintes qu'ils ont déjà subies, c'est en restreindre singulièrement la portée. Combiner ces deux notions, c'est réserver au législateur quelque chose qu'il fait rarement. »

On sait pourtant que, dans la rédaction de sa décision, la haute Assemblée a prudemment évité de se prononcer sur la prise en considération de l'état de droit antérieur dans la détermination de la notion de principe fondamental de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Elle allait cependant aligner son interprétation sur celle du Conseil Constitutionnel, dès 1960, avec l'arrêt Laboulaye, dans lequel il a été jugé que les restrictions apportées depuis 1931 au principe de la libre disposition par les viticulteurs des produits de leurs récoltes permettaient au pouvoir réglementaire d'aménager les règles concernant la commercialisation des vins.

#### B. — La détermination des principes fondamentaux.

Renonçant à donner une définition précise du contenu des principes fondamentaux, les Conseils recherchent, dans chaque cas d'espèce, si les dispositions en cause portent atteinte à un principe posé par un texte législatif antérieur. Le critère de délimitation des compétences ainsi adopté est donc identique à celui dégagé par la jurisprudence chaque fois que l'exercice d'un droit se trouve en cause.

1) Dès sa décision du 27 novembre 1959 (29), le Conseil Constitutionnel a estimé que figuraient notamment au nombre des principes fondamentaux :

« la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions. »

Cette énumération dont le Conseil a pris soin de préciser qu'elle n'est pas exhaustive, est beaucoup trop large pour permettre une approche du contenu des principes en cause. Dans les espèces ultérieures, les Conseils se sont bornés à rechercher, dans chaque cas d'espèce, l'importance de la dérogation apportée au droit commun par les dispositions en cause.

---

(29) Précitée.

La jurisprudence des Conseils a admis, de façon concordante, que toute disposition de fond portant atteinte à un régime juridique déterminé ou à un droit existant, mettait en cause un principe fondamental et ressortissait en conséquence au domaine de la loi. C'est le Conseil Constitutionnel, qui a, le premier, dégagé cette interprétation dans sa décision du 14 octobre 1960 (30), rendue à propos de dispositions autorisant les statuts des sociétés de production nucléaire d'électricité à déroger sur des points importants au droit commun des sociétés anonymes. La haute Instance, sans même citer ces dérogations, en déduit que celles-ci « touchent aux principes fondamentaux des obligations commerciales ». En l'espèce, ces dérogations étaient particulièrement importantes : incessibilité des actions et institution d'un nouveau type de société limité à l'objet de l'activité en cause. La décision du 14 octobre 1960 n'était cependant pas motivée par la seule importance des atteintes portées aux principes fondamentaux. La haute Instance confirmait sa méthode de délimitation des compétences législatives et réglementaires, dans sa décision du 4 décembre 1962 (31) consacrant le caractère législatif des dispositions limitant le droit des locataires au maintien dans les lieux. Le Conseil d'Etat a fait sienne cette méthode d'interprétation dans son arrêt du 7 décembre 1962, Association des forces motrices autonomes (32). En l'espèce la haute Assemblée a estimé que le législateur était seul compétent pour modifier les cas où une autorisation d'établissement d'ouvrage sur les cours d'eau non navigables ni flottables et dont le lit appartient aux riverains, peut être révoquée sans indemnité. Elle a également inclus dans le domaine législatif la modification des règles de responsabilité de la puissance publique. La concordance parfaite des méthodes des Conseils apparaît à l'évidence dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Galmot sous l'arrêt Landy (33) :

« Le décret attaqué n'a pas pour objet, en effet, d'aménager le système « des sanctions édicté par l'article 800, mais bien d'en étendre le champ « d'application à de nouvelles catégories d'opérations. Il apporte ainsi « une altération supplémentaire au principe fondamental en cause... »

La jurisprudence des Conseils a étendu cette interprétation à tous les cas d'espèce dont elle a eu à connaître (34).

---

(30) Rec. C.C. p. 38, D. 1961, p. 109, note Hamon.

(31) Rec. C.C. p. 36.

(32) C.E. 7 décembre 1962, C.J.E.G. 1963, p. 218, note Teste.

(33) C.E. 4 juin 1965, J.C.P. 1966.II.14489.

(34) Cf. notamment C.C. 27 février 1967 (Rec. C.C., p. 27) sur le caractère législatif des dispositions interdisant à toute personne physique ou morale



2) La délimitation des compétences législative et réglementaire est particulièrement délicate s'agissant des règles de forme qui se rattachent aux dispositions de fond touchant à la propriété, aux droits réels et aux obligations civiles et commerciales. On sait que, d'une part, la jurisprudence des Conseils exclut en principe la procédure civile du domaine de la loi (35), mais que, d'autre part, elle consacre le caractère législatif de celles des règles de procédure qui sont inséparables des règles de fond, chaque fois que ces dernières garantissent l'existence d'un droit ou d'une liberté (36). Dans chaque cas d'espèce, la jurisprudence recherche donc si la forme peut être dissociée du fond sans qu'une atteinte soit portée aux conditions pratiques d'exercice d'un droit ou d'une liberté. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel a jugé que la fixation des indemnités dues en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ressortissait au domaine de la loi (37), de même que l'institution d'une procédure obligatoire au terme de laquelle l'une des parties peut être contrainte de se conformer à une convention qu'elle n'a pas signée (38). Quant au Conseil d'Etat, il a consacré le caractère législatif des dispositions transférant du tribunal administratif au Préfet, le pouvoir de prononcer la fermeture provisoire d'un établissement classé dangereux, insalubre ou incommode (39). Il s'est prononcé dans le même sens à propos de la création d'un délai dont le terme entraîne l'extinction d'une obligation (40). En revanche ont été jugées ressortir à la compétence du pouvoir réglementaire comme édictant des détails de procédure ou de simples modalités d'application, des dispositions qui déterminent les formes selon lesquelles les nantissements et les subrogations consentis sur les marchés publics par leurs titulaires, sont portés à la connaissance du comptable chargé du paiement (41),

---

de posséder ou d'exploiter plus d'un débit de boissons ; C.C. 26 janvier 1967 (Rec. C.C. p. 25) reconnaissant le même caractère à l'interdiction de l'exploitation des carrières souterraines, dans un département. De même le Conseil d'Etat a jugé que relevaient du domaine de la loi, la création d'une obligation d'assurance (14 février 1969, Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe R.D.S.S. 1969, p. 177, concl. Baudouin) et la détermination du champ d'application d'un régime en vertu duquel l'Etat peut exercer un droit de rétention sur des objets mobiliers présentant un intérêt national d'histoire ou d'art (12 déc. 1969, Héli de Talleyrand, Périgord, Rec. p. 574).

(35) Cf. ci-dessus, p. 236.

(36) Cf. à ce sujet note Hamon sous C.C. 3 mai 1961, S. 1961.350.

(37) 9 février 1965, Rec. C.C. p. 75.

(38) 8 juillet 1966, Rec. C.C. p. 26.

(39) C.E. 16 octobre 1964, Ministre de l'industrie c. Rollet, Rec. p. 472.

(40) C.E. 4 juillet 1969, Ordre des avocats près la Cour d'Appel de Paris, J.C.P. 1969.II.16126, note Boccara.

(41) C.E. 18 mai 1960, Karle, Rec. p. 333, concl. Fournier.

des dispositions fixant le montant d'une prime dont le principe avait été établi par la loi (42) ou autorisant, dans le cas de rénovation urbaine, la société concessionnaire à poursuivre les expropriations nécessaires (43).

§ 5. — *Les principes fondamentaux du droit du travail,  
du droit syndical et de la sécurité sociale*

Cette rubrique est censée regrouper l'ensemble des matières afférentes au droit social français. En fait ces matières sont d'une importance inégale. C'est ainsi que le droit syndical n'a dû de figurer dans le texte constitutionnel qu'à un amendement de M. Dejean, déposé devant le Comité Consultatif Constitutionnel (44) et accepté par le Gouvernement. Aucune décision n'ayant été rendue à ce sujet, les développements qui vont suivre seront consacrés aux principes fondamentaux du droit du travail d'une part, à ceux de la sécurité sociale d'autre part.

A. — Les principes fondamentaux du droit du travail.

Le Conseil Constitutionnel n'a avancé que lentement sa jurisprudence en la matière et le Conseil d'Etat n'a rendu qu'un très petit nombre de décisions. La délimitation des deux domaines de la loi et du règlement reste donc soumise à de nombreuses supputations (45). Le droit positif tel qu'il résulte de la jurisprudence actuelle ne fournit matière qu'à une comparaison de la définition du contenu de la notion de principes fondamentaux du droit du travail d'une part, de la détermination des domaines respectifs s'agissant des conventions collectives réglant les conditions de travail et les conflits collectifs d'autre part.

---

(42) C.C. 11 juin 1963, D. 1964.109, note Hamon.

(43) C.E. 17 février 1967, ville de Cherbourg, Rec. p. 77. Il faut remarquer à ce propos que le caractère réglementaire des dispositions en cause n'est jamais reconnu qu'à la condition que celles-ci ne portent pas atteinte à un droit réel (cf. notamment en ce sens 31 octobre 1969, Syndicat de défense des canaux de la Durance, Rec. p. 462). Les solutions jurisprudentielles dépendent donc des données propres à chaque cas d'espèce.

(44) Cf. Travaux préparatoires, p. 100.

(45) Parmi les tentatives de délimitation « idéale », cf. notamment L. Hamon : « La distinction des domaines de la loi et du règlement en « matière de Sécurité Sociale, de droit syndical et de droit du travail », D.S. 1964.407; Lachaume : « La délimitation des domaines respectifs de « la loi et du règlement dans le droit de l'aide sociale », Revue de l'aide sociale, janvier 1962 ; J. Groux, op. cit., t. II, p. 78.

1) Contenu de la notion de principes fondamentaux du droit du travail.

Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat n'ont rendu chacun qu'une décision dont l'objet est comparable. Les deux juridictions ont estimé que la fixation des conditions générales de travail et des procédures de règlement de conflits collectifs par des conventions collectives, constituent des principes fondamentaux du droit du travail (46).

Au reste, le Conseil Constitutionnel a inclus dans cette notion la fixation des salaires et autres avantages de l'emploi (47), l'action de l'Etat contre le chômage (48) et, de manière générale, tout ce qui, dans les conventions collectives, a trait aux contrats de travail et à la solution des conflits collectifs (49). Le Conseil d'Etat a, pour sa part, formulé deux limitations importantes au contenu de la notion de droit du travail. Il en a ainsi exclu, d'une part les mesures qui ne visent pas les salariés unis à un employeur par un lien de dépendance (50), d'autre part, toutes les personnes qui, même lorsqu'elles n'ont pas la qualité de fonctionnaire, sont unies à l'administration par un lien de droit public (51).

2) La délimitation des domaines de la loi et du règlement s'agissant des conventions collectives réglant les conditions de travail et les conflits collectifs.

La totalité de la jurisprudence à cet égard est limitée à trois décisions du Conseil Constitutionnel et à une décision du Conseil d'Etat. Les critères dégagés sont semblables à ceux qui ont prévalu pour toutes les matières dont la loi fixe les principes fondamentaux. Entrent dans le domaine législatif : le champ d'application et la portée des conventions collectives (52), le principe d'une association consultative des employeurs et des salariés au sein des organes de lutte contre le chômage ainsi que les décisions agréant l'attribution

(46) C.E. 13 juillet 1963. Syndicat national des ingénieurs conseils inspecteurs du contrôle de la prévention, Rec. p. 429. — C.C. 12 juillet 1967, Rec. C.C. p. 31.

(47) C.C. 11 juin 1963, Rec. C.C. 1964.109 et D.S. 1964.409, note Hamon.

(48) C.C. 8 juillet 1966, Rec. C.C. p. 28.

(49) C.C. 12 juillet 1967, Rec. C.C. p. 31.

(50) C.E. 28 octobre 1960, de Laboulaye, Rec. p. 570.

(51) C.E. 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires. La rédaction de cette décision est particulièrement nette : « Considérant d'une part que les agents intéressés, qui sont unis « à l'administration par un lien de droit public, n'entrent pas dans le « champ d'application du Code du travail relatives au congé payé », Rec. p. 242.

(52) C.E. 13 juillet 1963, précité, et C.C. 12 juillet 1967, précité.

d'allocations aux travailleurs en chômage (53), enfin la règle selon laquelle une convention collective de travail peut énoncer des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur (54). En revanche le caractère réglementaire s'attache aux dispositions mettant en œuvre les principes fondamentaux, tels la fixation du montant de la prime de transport (55) et la composition des organes par lesquels s'exerce la consultation des employeurs et des salariés (56).

Dans cette vaste matière, seule une jurisprudence plus fournie et plus précise permettra de passer de l'énumération à la comparaison.

#### B. — Les principes fondamentaux de la Sécurité Sociale.

Cette matière a donné lieu à une jurisprudence abondante et touffue, qui ne peut être ramenée à un principe d'application unique. Comme le remarque le Commissaire du Gouvernement Braibant dans ses conclusions sous l'arrêt Conseil National de l'Ordre des médecins (57) :

« Le Conseil Constitutionnel n'a pas été en mesure de dégager un critère général d'application simple, qui aurait permis de délimiter avec certitude les domaines respectifs de la loi et du règlement. Il a dû procéder par énumération, au fur et à mesure des affaires qui lui étaient soumises. Il a adopté la méthode empirique du catalogue, faute de pouvoir poser une règle universelle.

« Ce procédé paraît inévitable. La notion de principes fondamentaux ne se prête pas à une définition unique... »

Et M. Braibant d'inviter la haute Assemblée à procéder également par énumération,

« en désignant dans chaque cas, ce qui appartient et ce qui échappe aux principes fondamentaux. »

S'agissant de déterminer les principes fondamentaux, les définitions classiques de l'objet et du contenu prévalent. La double distinction

---

(53) C.C. 8 juillet 1966, précité.

(54) C.C. 12 juillet 1967, précité.

(55) C.C. 11 juin 1963, précité.

(56) C.C. 8 juillet 1966, précité.

(57) C.E. 13 juillet 1962, R.D.P. 1962. 739.



déjà relevée à propos des principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, s'impose également en la matière. Certaines notions relevant dans leur ensemble de la catégorie des principes fondamentaux, toutes les mesures dont l'objet concerne ces matières appartiennent au domaine de la loi. En dehors de ces matières le législateur a pu poser des règles fondamentales, des principes de base que, seul, il aura le pouvoir de modifier ou de méconnaître.

Le « Catalogue » des décisions rendues par les Conseils quant à la distinction des deux domaines, peut être étudié en deux parties : l'organisation et le fonctionnement de la Sécurité Sociale d'une part, le champ d'application de celle-ci ainsi que le régime des allocations et des prestations d'autre part. Il importe toutefois de préciser auparavant le contenu de l'expression « Sécurité Sociale ».

#### 1) Le contenu de l'expression « Sécurité Sociale ».

a) Celle-ci a été interprétée de façon extensive. Elle englobe non seulement les régimes particuliers mais encore des institutions distinctes tant du régime général que des régimes spéciaux. C'est ainsi que le Fonds national de solidarité, qui est régi par le Code de la Sécurité Sociale, mais ne relève d'aucun régime de Sécurité Sociale, a été néanmoins rattaché à cette matière (58). Il en va de même pour le régime de pension des sapeurs-pompiers non professionnels (59). Comme le Conseil Constitutionnel a procédé par des affirmations non motivées, il n'est guère possible de déterminer le ou les critères du contenu de la Sécurité Sociale. De cette imprécision découlent les incertitudes quant à l'appartenance de la matière de l'aide sociale au domaine de la loi ou du règlement.

b) Le débat sur le caractère législatif ou réglementaire des dispositions touchant à l'aide sociale, ouvert par un article de M. Lachaume (60), est resté jusqu'à présent purement académique puisque aucun des Conseils ne s'est encore prononcé à ce sujet. Si la doctrine est à peu près unanime pour estimer que par « aide sociale », il faut entendre tout ce qui était autrefois dénommé « assistance » (61), les divergences apparaissent dès qu'il s'agit de déterminer l'apparte-

(58) C.C. 20 janvier 1961, Rec. C.C. p. 33, S. 1962.64, note Hamon.

C.C. 8 juillet 1960, Rec. C.C. p. 34, S. 1961.103, note Hamon.

C.E. 27 novembre 1964, Caisses centrales de secours mutuels agricoles, p. 584. D.S. 1965.327, concl. Braibant et J.C.P. 1965.I.1921, note Dupeyroux et Lamarque.

(59) C.C. 12 mai 1964, Rec. C.C. p. 64, note Hamon.

(60) Précité.

(61) Cf. à ce sujet Groux, op. cit., tome II, p. 83.

nance de cette matière aux domaines de la loi ou du règlement. Deux thèses se trouvent en présence.

a) Selon M. Lachaume (62), l'aide sociale ne peut être assimilée ni à l'état des personnes, ni à la Sécurité Sociale, laquelle a toujours reposé sur une législation très différente. Pourtant le silence du Constituant ne saurait conduire à l'inclusion de cette matière tout entière dans le domaine réglementaire de l'article 37 car une telle solution priverait d'une garantie majeure des citoyens auxquels l'esprit du temps reconnaît incontestablement un droit fondé sur la solidarité sociale. Ce raisonnement aurait dû logiquement conduire cet auteur à faire entrer la totalité de la matière dans le domaine législatif. Or, il conclut, au contraire, à la nécessité d'opérer à partir de la pratique législative et réglementaire une délimitation dont il formule le contour avec précision. Cette thèse paraît ainsi affectée d'une contradiction fondamentale.

b) M. L. Hamon (63) fonde au contraire l'appartenance de l'aide sociale aux domaines de la loi ou du règlement sur une acception large de l'expression « Sécurité Sociale » et sur une extrapolation de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Ce dernier ayant, dans sa décision du 20 janvier 1961 (64), adopté une interprétation extensive du domaine de la Sécurité Sociale en y incluant une institution nettement distincte de celle-ci, l'article 34 doit s'entendre comme visant

« non seulement certains régimes juridiques bien définis mais encore  
« toutes les aides et assurances inspirées de l'idée de solidarité sociale,  
« dont la Sécurité sociale *stricto sensu* n'est jamais qu'une des mises  
« en œuvre particulière; les principes fondamentaux de la Sécurité so-  
« ciale mentionnés à l'article 34, comprennent alors essentiellement ceux  
« de l'aide sociale » (65).

Et M. Hamon d'en conclure fort logiquement que la répartition des compétences en matière d'aide sociale obéit aux mêmes règles que celles dégagées à propos de la Sécurité Sociale, ce qui aboutit à une délimitation très voisine de celle tracée par M. Lachaume.

---

(62) « La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement « dans le droit de l'aide sociale », Revue de l'Aide sociale, janvier-mars 1962.

(63) « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière « de Sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », D.S. 1964.407.

(64) Décision précitée.

(65) Article précité.

## 2) L'organisation et le fonctionnement.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion, à maintes reprises, de déterminer ce qui, dans l'organisation et le fonctionnement de la Sécurité Sociale, relève des principes fondamentaux, alors que le Conseil Constitutionnel n'a abordé la question que rarement. Trois grands thèmes ont plus particulièrement retenu l'attention de la jurisprudence :

— l'organisation des rapports entre le corps médical d'une part, les organismes de Sécurité Sociale et les assurés sociaux d'autre part ;

— le mode de désignation, l'organisation et les compétences des organes de Sécurité Sociale ;

— les structures financières.

Les Conseils ont procédé selon leur méthode habituelle, en désignant dans chacune des hypothèses d'espèce, ce qui appartient et ce qui échappe aux principes fondamentaux.

a) L'organisation des rapports entre le corps médical d'une part et les organismes de Sécurité Sociale et les assurés sociaux d'autre part.

Le Conseil d'Etat a entendu le domaine de la loi de façon assez large, en y incluant non seulement le principe du libre choix du médecin (66) et des établissements privés de soins par les assurés sociaux (67), mais aussi la fixation du tarif de remboursement des honoraires médicaux (68), et l'organisation d'une procédure disciplinaire en cas de dépassement d'honoraires (69). En revanche le pouvoir réglementaire est compétent pour édicter la règle de l'identité du prix de remboursement des soins dispensés par les établissements publics et privés (70).

b) Le mode de désignation, l'organisation et les compétences des organes de Sécurité Sociale.

Les fondements de la délimitation des domaines législatif et réglementaire ont été posés par le Conseil d'Etat dans sa décision Caisses centrales de secours mutuels agricoles (71). En l'occurrence la tâche

(66) C.E. 13 juillet 1962, Conseil National de l'ordre des médecins, Rec. p. 479 et R.D.P. 1962.739, concl. Braibant.

(67) C.E. 2 décembre 1966, Fédération intersyndicale des maisons de santé de France et d'Outre-mer, Rec. p. 633 et Fédération hospitalière de France, Rec. p. 634 et D.S. 1967.262, concl. Fournier.

(68) C.E. 13 juillet 1962, précité.

(69) Ibid.

(70) C.E. 2 décembre 1966, Fédération hospitalière de France, précité.

(71) C.E. 27 novembre 1964, D.S. 1965.207, concl. Braibant et J.C.P. 1965.I. 1921, note Dupeyroux et Lamarque.

de la haute Assemblée était d'autant plus malaisée que, comme le soulignent MM. Dupeyroux et Lamarque :

« Aucun élément aisément utilisable ne pouvait être dégagé de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel » (73).

Le Conseil d'Etat a procédé selon la méthode que lui avait indiquée son Commissaire du Gouvernement, M. Braibant (73), en désignant dans chacune des hypothèses de l'espèce, ce qui appartient et ce qui échappe aux principes fondamentaux. Le domaine législatif englobe :

1) Le principe de la gestion de la Sécurité Sociale par des organismes privés à forme mutualiste ;

2) La détermination des catégories d'électeurs ou d'éligibles aux Conseils d'administration des caisses ;

3) Le principe de la gestion des Caisses par les élus, à l'exclusion des règles de répartition des compétences entre les Organes des Caisses qui, sous réserve du respect de ce principe, relèvent de l'autorité investie du pouvoir réglementaire ;

4) La définition des pouvoirs de tutelle exercés sur les caisses. Ceci est conforme à la jurisprudence antérieurement dégagée dès 1962 par le Conseil d'Etat dans son arrêt Conseil National de l'Ordre des médecins (74) et par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 12 mai 1964 (75). La détermination du domaine de la tutelle administrative relève du domaine législatif mais le pouvoir réglementaire est compétent pour répartir, dans les limites ainsi tracées, les attributions de cette tutelle entre les diverses autorités susceptibles de l'exercer au nom de l'Etat.

5) Enfin la fusion des caisses est du domaine réglementaire lorsqu'il y a communauté de corps électoral et d'organes électifs, comme c'est le cas pour les caisses départementales.

c) Les structures financières.

Dans sa décision du 9 décembre 1966, Fédération nationale des organismes de Sécurité Sociale (76), le Conseil d'Etat a décidé que

---

(72) Chronique précitée.

(73) Conclusions précitées.

(74) Arrêt précité.

(75) Rec. C.C. p. 37.

(76) A.J. 1967.161, concl. Braibant.



la compétence législative s'applique à la définition de l'autonomie financière des régimes et, à l'intérieur de chaque régime, des organismes, ainsi qu'à la détermination des organes de gestion (77). Mais la participation des caisses à certaines formes d'action sanitaire et sociale ainsi que la fixation des circuits financiers alimentant la trésorerie des caisses, ressortit au pouvoir réglementaire.

### 3) Le régime des cotisations, des allocations et des prestations.

A cet égard le champ d'application de la notion de principes fondamentaux a été déterminé par les Conseils de façon concordante.

Le Conseil Constitutionnel ayant posé dans ses décisions des 7 avril et 8 juillet 1960 (78), qu'il appartient au seul législateur de fixer les principes fondamentaux afférents non seulement au régime général, mais encore à chacun des régimes particuliers de Sécurité Sociale et de prévoyance, le Conseil d'Etat s'est prononcé dans le même sens en estimant que la création d'un nouveau régime, même facultatif (79), et que le transfert d'assujettis d'un régime particulier à un autre régime particulier (80), ne peuvent être opérés que par la loi.

La ligne commune de partage des compétences adoptée par les Conseils consacre le caractère législatif de tout ce qui touche à la création de tout régime de cotisations, d'allocations et de prestations (81), ainsi que la détermination des catégories de personnes assujetties aux paiements des cotisations ou bénéficiaires des allocations et des prestations (82). Le recours aux critères du régime et de la catégorie est d'ailleurs conforme à la méthode suivie par les Conseils dans plusieurs autres matières (83). En dehors de ces notions, les matières dans lesquelles le législateur pose les principes de base, ont été dégagées par les Conseils qui ont été amenés à préciser et à affiner leur jurisprudence respective pour répondre à la complexité

(77) Ibid.

(78) Rec. C.C. p. 34, S. 1961.103, note Hamon.

(79) C.E. 10 mai 1968, Deloulay, Rec. p. 295.

(80) C.E. 13 juillet 1965, Rec. p. 429.

(81) C.C. 7 avril 1960, Rec. C.C. p. 32, D. 1960.688, note Hamon.

C.C. 20 décembre 1960, Rec. C.C. p. 39, S. 1962.64, note Hamon.

C.C. 20 janvier 1961, Rec. C.C. p. 33, S. 1962.63, note Hamon.

Pour une analyse très détaillée de cette jurisprudence, cf. l'article précité de M. Léo Hamon : « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de droit du travail, de droit syndical et de Sécurité sociale ».

(82) C.C. 20 décembre 1960, précité.

C.E. 13 juillet 1965, Lagey, Rec. p. 429.

C.C. 22 décembre 1961, Rec. C.C. p. 43, S. 1963.279, note Hamon.

C.C. 30 juillet 1963, Rec. C.C. p. 33.

(82 bis) Notamment en matière de création de catégories d'établissements publics et de principes fondamentaux de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales.

presque infinie des cas d'espèce. Aucune contradiction de principe n'a cependant surgi entre eux.

a) En ce qui concerne le régime des cotisations, si la détermination de catégorie de personnes assujetties à l'obligation de cotiser (83) est du domaine législatif, la fixation de la part incombant à chaque catégorie et la détermination du taux des cotisations ressortissent en revanche au pouvoir réglementaire. La distinction, pour claire qu'elle soit, n'est pas d'une mise en œuvre évidente. Car si le Conseil Constitutionnel a affirmé le caractère législatif du partage de l'obligation entre employeur et salariés, le risque de dénaturation par le pouvoir réglementaire n'en subsiste pas moins. Comme le fait observer M. Hamon (84) :

« Imaginons que la répartition de la cotisation, au lieu de passer de « 10 et 6 % à 12,5 et 6 %, soit passée à 18 % d'une part et de l'autre « à 0,5 %; la dualité de la cotisation n'aurait plus eu qu'un caractère « symbolique. »

C'est donc au Conseil d'Etat, juge des actes de l'autorité réglementaire, qu'il appartient de censurer les dispositions par lesquelles le pouvoir réglementaire aurait éventuellement dénaturé les compétences qui lui étaient reconnues et de faire respecter l'esprit des décisions du Conseil Constitutionnel. La haute Assemblée a prouvé, par son arrêt Lagey (85), sa volonté d'exercer un tel contrôle. Mais c'est la délimitation des domaines législatif et réglementaire en ce qui concerne le régime des allocations et des prestations qui a fourni aux Conseils l'occasion de démontrer la complémentarité de leur contrôle : le Conseil Constitutionnel posant que les principes énoncés par le législateur doivent être respectés par le pouvoir réglementaire et que celui-ci ne peut dénaturer les conditions fixées par la loi ; le Conseil d'Etat s'assurant qu'il en est bien ainsi.

b) En matière de régime des allocations et des prestations, le caractère de principe fondamental s'attache à tout ce qui touche à la création de catégories de prestations et d'allocations, ainsi qu'à la détermination des catégories de bénéficiaires et aux conditions exigées pour l'attribution des prestations (86). Il appartient en revanche

---

(83) C.C. 20 décembre 1960, précité.

C.E. 13 juillet 1965, Lagey, précité.

(84) Note sous 20 décembre 1960, S. 1962.64.

(85) Précité.

(86) Cf. Jurisprudence citée ci-dessus, 280.

au pouvoir réglementaire de fixer les modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux ainsi que le taux des allocations et des prestations.

Dans ses décisions des 22 décembre 1961 (87) et 30 juin 1963 (88), le Conseil Constitutionnel a formulé les directives jurisprudentielles qui doivent servir de fondement à la délimitation des domaines législatif et réglementaire. La rédaction de la première de ces décisions est significative :

« Considérant que, s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale propres au régime des allocations de maternité et qui, comme tels, relève du domaine de la loi, l'existence même de ces allocations ainsi que la nature des conditions exigées pour leur attribution, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge de la mère au moment des naissances ou au rythme des naissances successives. »

Comme le remarque M. Hamon, s'il y a toujours quelque arbitraire en de telles distinctions, il est atténué par un énoncé clair de la distinction comme par la réserve tenant à la dénaturation (89). Le Conseil d'Etat a marqué sa volonté de se conformer aux critères qui constituent le fondement même de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. C'est ainsi que dans ses conclusions sur l'arrêt Fédération Nationale des malades, infirmes et paralysés (90), le Commissaire du Gouvernement Bernard, après avoir écarté une solution dont il démontre qu'elle constituerait une véritable dénaturation des conditions posées par le législateur, précise :

« Ce qui relève de la compétence du Gouvernement, c'est uniquement la fixation du taux et non pas les principes qui président à cette fixation. »

La haute Assemblée a également fait sienne l'interprétation du Conseil Constitutionnel en ce qui concerne le caractère réglementaire des éléments et des modalités des conditions exigées en vertu de la loi pour l'attribution des prestations (91).

---

(87) Rec. C.C. p. 43, S. 1963.279, note Hamon.

(88) Rec. C.C. p. 33, D. 1964.311, note Hamon.

(89) Note sous décision précitée, S. 1963.279.

(90) Précité.

(91) C.E. 8 juillet 1966, Confédération générale du travail, Rec. p. 456.  
C.E. 11 juin 1969, d'elle Husson, Rec. 298.

## SECTION II

### LES REGLES RELATIVES AUX GARANTIES FONDAMENTALES

Bien que le texte constitutionnel parle de règles, le fait que les garanties visées soient fondamentales, justifie leur examen à part. On distinguera, conformément à l'article 34, les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat.

#### § 1. — *Les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*

La pratique constitutionnelle de la Troisième République avait réservé au législateur la compétence exclusive en matière d'édiction des règles relatives aux libertés publiques. L'interprétation littérale du texte de 1958, qui réduit le domaine législatif aux seules « garanties fondamentales » nécessaires à « l'exercice des libertés publiques », révèle une importante limitation de la compétence législative. Une fois encore, cependant, l'interprétation des Conseils a tendu à élargir assez considérablement le domaine de la compétence législative.

Mais à la distinction de la loi et du règlement s'est superposé, depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971 (1), un second facteur de distinction portant sur les domaines de la constitution et de la loi.

#### A. — La distinction des domaines législatif et réglementaire.

Dans leur tâche de délimitation des deux domaines, les Conseils se heurte à deux difficultés. La première tient à ce que la Constitution n'a donné aucune définition de ce qu'il faut entendre par « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et la seconde découle de l'étendue de la matière.

1) Dans ses conclusions sous l'arrêt Association nationale de la meunerie (93), le Commissaire du Gouvernement Bernard avait suggéré d'éclairer le contenu des notions de « garanties fondamentales » et de « libertés publiques » par le recours aux textes constitutionnels qui ont eu précisément pour objet de définir ces concepts. Le Conseil

---

(92) J.O. 18 juillet p. 7114, Rec. C.C. p. 29, R.D.P. 1971.1171, note J. Robert.  
(93) C.E. 30 mars 1962, D. 1962.630, concl. M. Bernard.



Constitutionnel s'est rallié à ce point de vue dans sa décision susmentionnée du 16 juillet 1971. Mais jusque-là, le système de raisonnement des Conseils avait été fondé essentiellement sur deux éléments : la reconnaissance de l'existence d'un droit ou d'une liberté et la constatation que ce droit ou cette liberté n'avait pas été limité par le législateur antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958.

a) Pour constater l'existence d'un droit ou d'une liberté, les Conseils ont recours tant aux textes constitutionnels et législatifs en vigueur qu'aux principes de philosophie politique découlant de l'état de droit existant.

C'est ainsi que si le Conseil d'Etat a estimé dans son arrêt *Association Nationale de la Meunerie* que le principe de la séparation des pouvoirs englobait également la séparation des juridictions administratives et judiciaires et si le Tribunal des conflits a adopté à deux reprises la même solution (94), c'est en se fondant sur la liberté de l'activité professionnelle que la haute Assemblée a censuré un décret interdisant à certaines catégories de personnes le libre accès à la profession d'infirmiers (95). De même s'agissant de la R.T.F., puis de l'O.R.T.F., le Conseil Constitutionnel a estimé que

« la Radiodiffusion-Télévision française a pour objet notamment la communication des idées et des informations ; qu'elle intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de l'article 34 » (96).

La méthode des Conseils, qui consiste à déterminer si les dispositions dont ils sont saisis, mettent ou non en cause une liberté ou un droit existant, implique donc une appréciation cas par cas. La part laissée à la subjectivité des juges est d'autant plus grande qu'en l'occurrence presque tous les alinéas de l'article 34 de la Constitution recourent des questions ayant trait aux libertés publiques. C'est le plus souvent de la combinaison de l'un ou de plusieurs de ces alinéas avec « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exer-

(94) T.C. 2 mars 1970, *Sté Duvoir c. S.N.C.F.*, Rec. p. 885 et 7 décembre 1970, *Riehm c. O.R.T.F.*, Rec. p. 895 ; D. 1971.J.610, note Chevallier.

(95) C.E. 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, Rec. p. 386 ; A.J.D.A. 963.460, Chr. Gentot et Fourré.

(96) C.C. 17-19 mars 1964, Rec. C.C. p. 33, D. 1965, p. 189, note Hamon et A.J. 1964, p. 302, note non signée ; et 30 janvier 1968, Rec. C.C. p. 23, A.J. 1968, n° 110, note de Laubadère ; J.C.P. 1968.II.15627, note Favoreu et R.A. 1968, p. 160, note Brachet.

cice des libertés publiques » que dépend la solution jurisprudentielle. Et une fois déterminé le champ d'application des libertés publiques dont les garanties fondamentales sont assurées par la loi, il faut distinguer encore, conformément à la ligne de partage habituelle, les dispositions qui mettent en cause les libertés publiques de celles qui les mettent seulement en œuvre. La jurisprudence ne peut donc aboutir qu'à une infinité de nuances selon chaque cas d'espèce (97).

b) La règle selon laquelle toute atteinte à une liberté ou à un droit préexistant, ne peut être instituée que par le législateur, est également appliquée par les deux Conseils. Le Conseil d'Etat en a fait application dans sa décision susmentionnée, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, et le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 27 février 1967 (98), par laquelle il a affirmé le caractère législatif de dispositions interdisant à toute personne physique ou morale de posséder ou d'exploiter plus d'un débit de boissons.

Le corollaire de cette règle, rappelée d'ailleurs par le Conseil Constitutionnel dans cette même décision, après que le Conseil d'Etat l'eût affirmée dès 1960 par son arrêt Martial de Laboulaye (99), est le caractère réglementaire de celles des dispositions de portée générale par lesquelles, antérieurement à la Constitution de 1958, le pouvoir réglementaire avait été autorisé par le législateur à limiter l'exercice de certaines libertés.

2° L'étendue de la matière et l'hétérogénéité des libertés dont la garantie relève du législateur, ne favorisent guère une comparaison terme à terme des jurisprudences des Conseils. La distinction entre les dispositions relevant directement de la mise en cause des garanties fondamentales et celles qui ne constituent que leur mise en œuvre, obéit, dans chaque cas d'espèce, à des critères d'appréciation étroitement comparables (100).

---

(97) Un exemple intéressant de la distinction de la mise en cause des garanties fondamentales et de leur mise en œuvre est fourni par la jurisprudence relative à la R.T.F.-O.R.T.F. (décisions précitées de 1964-1968). Les Conseils ont estimé que se trouvaient en cause tant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques que les règles relatives à la création de catégories d'établissements publics. De cette combinaison des deux dispositions de l'article 34 découle une distinction « mise en cause » — « mise en œuvre », qui rattache à la mise en cause tout ce qui a trait à la création, aux règles constitutives et à la fixation du cadre général de l'organisation et du fonctionnement alors que relèvent de la mise en œuvre, la détermination des ressources et la rémunération des services rendus par cet établissement public.

(98) Rec. C.C. p. 27.

(99) C.E. 28 octobre 1960, Rec. p. 570 ; A.J. 1961.20, concl. Heumann, D.S. 1961.141, concl. Heumann et note Teitgen.

(100) Les critères jurisprudentiels des Conseils en la matière ne peu-

B. — La distinction des domaines constitutionnel et législatif en matière de libertés publiques.

En attribuant désormais valeur constitutionnelle aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (101), la haute Instance a élevé ceux-ci à la dignité constitutionnelle et, par là, les a soustraits à la compétence législative. Mais dans ces lois, il importe encore de distinguer ce qui ressortit à la détermination des principes fondamentaux et ce qui constitue, au contraire, la simple mise en œuvre de ces principes. Comme le souligne M. Rivero (102) :

« Voici donc, dans notre droit, des dispositions "de forme législative", « mais de nature constitutionnelle, qui font curieusement pendant aux « dispositions, de forme législative mais de nature réglementaire de « l'article 37 de la Constitution.

« Entre les unes et les autres, on en vient à se demander compte tenu « de l'article 34 si, en matière de libertés publiques, il reste encore « place pour des dispositions législatives à la fois quant à la forme « et quant à la nature. Dans ce domaine en effet l'article 34 limite le « domaine de la loi aux seules "garanties fondamentales accordées aux « citoyens pour l'exercice des libertés publiques". Mais la différence paraît « mince entre les "principes fondamentaux", que la décision du 16 juil- « let 1971 réserve à la compétence du constituant et les "garanties « fondamentales" que l'article 34 a placées dans celle du législateur. C'est « d'ailleurs bien une "garantie" — l'absence d'intervention préalable « en matière de création d'associations — que le Conseil Constitutionnel « a érigée en « principe ». »

Il incombera à la jurisprudence ultérieure des Conseils de préciser la place qui peut encore être faite à la compétence législative, celle-ci se trouvant étroitement enserrée entre les compétences réglementaire et constitutionnelle (103).

---

vent guère être systématisés dans la mesure où la distinction entre la mise en cause et la mise en œuvre repose sur le degré d'importance de la disposition dont s'agit.

(101) Décision précitée du 16 juillet 1971.

(102) A.J.D.A. 1971.541.

(103) La décision du 16 juillet 1971 pose en principe, s'agissant de la liberté d'association, l'inconstitutionnalité de toute intervention préalable de l'autorité administrative ou même judiciaire. Or cette absence d'intervention préalable se rencontre dans de nombreuses lois qui posent incontestablement des principes fondamentaux : loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 sur la liberté de réunion. Cette analogie confirme donc l'analyse selon laquelle le domaine constitutionnel a une étendue large.

§ 2. — *Les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat*

Fidèles à leur méthode traditionnelle, les Conseils ont élaboré un double critère de délimitation des domaines législatif et réglementaire. Relèvent du domaine de la loi les dispositions qui, par leur objet, concernent une des garanties fondamentales et qui, en outre, mettent directement en cause ces garanties fondamentales car leur mise en œuvre ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire.

C'est surtout le premier critère de délimitation portant sur le contenu même des garanties accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat (104), qui est de nature à mettre à l'épreuve la concordance jurisprudentielle des Conseils.

A. — Le contenu de la notion de « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ».

Ni le Conseil Constitutionnel, ni le Conseil d'Etat n'ont donné la moindre définition de cette notion. Ils se sont bornés à indiquer, dans chaque cas d'espèce, ce qui relève et ce qui ne relève pas de cette matière. Aucun conflit n'a, jusqu'à présent, surgi entre eux, au cours du processus d'énumération du contenu de ladite matière à cet égard, qui a caractérisé la jurisprudence des Conseils depuis 1960.

1° Le Conseil Constitutionnel a ainsi consacré l'appartenance aux garanties fondamentales du droit à l'intégration dans un cadre métropolitain, des fonctionnaires du contrôle civil du Maroc et de Tunisie (105). Il a en revanche estimé qu'une disposition fixant la durée du délai imparti aux personnels de l'ancienne R.T.F. pour choisir entre le bénéfice de l'ancien statut et la qualité de fonctionnaire, ne relevait pas des garanties fondamentales (106). Dans sa décision du 30 juin 1961, il a estimé que la règle régissant le déroulement de la carrière et fixant les conditions d'avancement des officiers de l'armée de mer

---

(104) Les Conseils ont entendu restrictivement le concept de fonctionnaires civils et militaires de l'Etat et en ont notamment exclu les maires des arrondissements de Paris (C.E. 18 juin 1965, Bellet, Rec. p. 370) et les officiers de réserve (C.C. 17 novembre 1966, Rec. C.C. p. 32).

(105) C.C. 29 janvier 1960, Rec. C.C. p. 29.

(106) C.C. 14 octobre 1960, Rec. C.C. p. 37, S. 1961.350, note Hamon et R.D.P. 1960.1017, note Waline.



« ne saurait, même pour les personnels militaires être regardée comme  
« constituant en elle-même et dans tous les cas une garantie fondamentale  
« pour ces personnels » (107).

Quelle que soit la prudence de la rédaction de cette décision, force est de constater que le Conseil Constitutionnel a opéré un véritable revirement de jurisprudence en décidant le 17 novembre 1966 (108) que si les officiers de réserve de l'armée de l'air n'avaient pas la qualité de fonctionnaire militaire de l'Etat, toute disposition établissant un lien entre leurs conditions d'avancement et celles des officiers d'active touchait aux garanties fondamentales accordées à ces derniers. Ainsi tout ce qui a trait au déroulement de la carrière et aux conditions d'avancement des officiers d'active doit désormais être regardé comme touchant aux garanties fondamentales dont le champ se trouve ainsi considérablement étendu.

Enfin la haute Instance a jugé que le principe même du concours public comme mode de recrutement des cadres actifs de l'armée de l'air, relevait des garanties fondamentales (109).

2° Le Conseil d'Etat n'a, comme le Conseil Constitutionnel, fourni que des réponses d'espèce au problème du contenu des garanties fondamentales. Mais dans ses conclusions sur l'arrêt Fédération Nationale des Syndicats de Police (110), M. Jouvin s'est livré à une énumération des matières relevant des garanties fondamentales, qui s'étendent selon lui au droit syndical, au droit de grève et à la représentation dans les commissions paritaires. Sans trancher la question de savoir si toutes les garanties incluses dans l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut de la fonction publique, doivent être considérées comme fondamentales au sens de l'article 34, le Commissaire du Gouvernement reconnaissait ce caractère « aux dispositions des articles 11, 12 (protection des fonctionnaires contre les menaces, injures, outrages, diffamations et poursuites à raison des fautes de service) 13 (communication du dossier des fonctionnaires), 22 et 23 (droit aux traitements, aux indemnités et aux prestations de la sécurité sociale) et 51 (subordination de la possibilité de licenciement à des lois de dégagement des cadres, prévoyant les conditions de préavis et d'indemnisation) (111).

---

(107) Rec. C.C. p. 47, S. 1962.361, note Hamon.

(108) Décision précitée, Rec. C.C. p. 32.

(109) 19 février 1963, p. 29, S. 1964.205, note Hamon.

(110) Concl. citées par Léo Hamon, note sous cette décision, S. 1963.59.

(111) C.E. 24 nov. 1961, S. 1963.59, note Hamon et D. 1964.424, note Fro-mont.

La haute Assemblée a encore consacré le caractère de garanties fondamentales du droit au traitement après service fait (112), du droit à pension (113) et du principe même de l'élection aux Commissions paritaires (114).

B. — La distinction mise en cause — mise en œuvre.

Dans la détermination de cette distinction, les Conseils se sont efforcés, conformément à leur méthode habituelle, de différencier ce qui ressortit au principe même des garanties fondamentales et ce qui relève simplement de leur mise en œuvre. L'hétérogénéité des textes sur lesquels les deux Conseils ont eu à se prononcer ne permet guère de procéder à une comparaison matière par matière, mais l'identité de la méthode suivie assure l'unité globale de la ligne de délimitation tracée entre les domaines législatif et réglementaire. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel a estimé que si le principe même du concours comme mode d'accès à la fonction publique, constituait une garantie fondamentale, les modalités de présentation des candidatures en vue de ce concours ressortissaient à la mise en œuvre de ce principe, c'est-à-dire du domaine réglementaire (115). De même le Conseil d'Etat range au nombre des garanties fondamentales le principe de l'élection aux commissions paritaires mais rattache le mode de scrutin à leur mise en œuvre (116). Chaque décision des deux juridictions fait donc identiquement appel au critère du degré d'importance de la disposition litigieuse pour déterminer si cette dernière relève des garanties fondamentales ou de leur mise en œuvre (117).

---

(112) C.E. 7 déc. 1962, Fédération générale des fonctionnaires C.G.T.-F.O., p. 667.

(113) C.E. 13 juillet 1962, Cohen, Rec. p. 482.

(114) C.E. 22 avril 1966, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer, A.J.D.A. 1966.355, concl. Galnot.

(115) C.C. 19 février 1963, précité.

(116) C.E. 22 avril 1966, Fédération nationale des syndicats de police, précité.

(117) Les Conseils ont donc recours dans cette matière, comme dans toutes les autres à une méthode empirique de délimitation des compétences.



### CONCLUSION DU TITRE III

Les conflits de jurisprudence entre les deux Conseils quant à la délimitation des domaines de la loi et du règlement ont donc été réduits à leur plus simple expression. Les Conseils ont réussi, dans presque toutes leurs décisions, à harmoniser remarquablement les règles jurisprudentielles par eux dégagées, tout en faisant place aux nuances de détail imposées par chaque cas d'espèce. En définitive les conflits de jurisprudence entre les décisions au fond des Conseils se ramènent à une distorsion et à une seule véritable opposition au fond. La distorsion est apparue avec l'arrêt Lherbier (1), par lequel le Conseil d'Etat a préféré contredire sa jurisprudence traditionnelle quant au caractère législatif de la transformation d'un établissement public administratif en établissement public industriel et commercial, plutôt que d'entrer ouvertement en conflit avec le Conseil Constitutionnel. En revanche l'opposition qui a surgi entre les Conseils quant au caractère législatif ou réglementaire des dispositions contribuant à la définition d'une infraction, a constitué un véritable conflit de fond entre les deux jurisprudences. La sagesse des Conseils a permis de dépasser ce conflit par l'élaboration d'une solution de compromis dégagée par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 1969, et par celle du Conseil d'Etat, dans son arrêt du 22 avril 1970, Association Nationale des Assistantes Sociales (2).

La délimitation conjointe par les Conseils des domaines de la loi et du règlement, loin de nuire à la cohésion jurisprudentielle, a favorisé l'élaboration de deux jurisprudences complémentaires, se complétant et se précisant l'une l'autre.

---

(1) A.J.D.A. 1965.103, concl. Rigaud.

(2) Décisions précitées, pp. 234-235.





## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Les deux hypothèses de déni de justice auxquelles les concurrences des compétences des Conseils peuvent donner naissance, pourraient être aisément supprimées par une révision des textes en vigueur, révision qui assurerait la plénitude de juridiction de la haute Instance, d'une part en matière de contentieux des opérations de référendum, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actes préalables et les opérations afférentes au scrutin proprement dit et, d'autre part, en matière de contentieux des élections parlementaires, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le recours tend à l'annulation de l'élection au fond ou seulement au remboursement des frais électoraux. Ainsi l'issue du recours contre les actes préalables au référendum cesserait de dépendre de la plus ou moins grande célérité du Conseil d'Etat à statuer, et par ailleurs les candidats malheureux aux élections législatives, pourraient néanmoins obtenir le remboursement de leur caution et de leurs frais électoraux lorsque l'issue de leur recours dépend d'une simple rectification des voix par eux obtenues, sans mettre en cause le résultat même de l'élection.

En revanche, l'expérience jurisprudentielle de convergence des fonctions juridictionnelles exercées par les Conseils, s'est révélée concluante dans la mesure où, à une exception majeure et à quelques nuances près, ceux-ci ont réussi à harmoniser leurs décisions de façon remarquable. Ce faisant ils ont contribué à délimiter de concert les compétences respectives du Parlement et du Gouvernement en matière normative et, partant, les domaines du droit constitutionnel et du droit administratif. L'apport du Conseil Constitutionnel au droit est cependant loin de se limiter à cette seule détermination des compétences normatives des pouvoirs publics. En consacrant la valeur de droit positif des Préambules des constitutions et des principes généraux du droit, en définissant à l'occasion des actions dont il était saisi, certains concepts particulièrement importants de notre droit, la haute Instance a ajouté à l'édifice constitutionnel français une pierre nouvelle et d'autant plus nécessaire que l'incompétence du Conseil d'Etat à l'égard des actes émanés du Parlement ou portant

sur les rapports entre les pouvoirs publics, laissait cet édifice nécessairement inachevé.

Ceux mêmes qui reprochaient hier à la haute Instance son « manque d'audace », saluent aujourd'hui la fermeté et la précision de son contrôle de constitutionnalité au fond, tout en remettant en cause un tel contrôle dans l'hypothèse de la constitution d'une majorité parlementaire différente, si tant est que la frange qui sépare le contrôle de constitutionnalité du contrôle de l'opportunité politique, soit mince. Il faut espérer que la haute Instance saura, comme par le passé, éviter de la franchir et de s'arroger l'exercice d'une fonction politique qui ne lui appartient pas.

## CONCLUSION GENERALE

En 1962, deux auteurs pourtant favorables au principe même de l'institution d'une juridiction constitutionnelle, MM. Eisenmann et Hamon, remarquaient :

« Certes il serait théoriquement possible — en l'absence d'une disposition constitutionnelle contraire, c'est-à-dire limitatrice et exclusive — que le Conseil fût appelé, notamment lorsqu'il est saisi entre vote et promulgation, à se prononcer sur une "inconstitutionnalité de fonds", c'est-à-dire sur la contrariété à l'ensemble Préambule-Constitution. Mais il paraît peu probable que cette possibilité se réalise (« La juridiction constitutionnelle en droit français », p. 287). »

A présent, ni le caractère juridictionnel des fonctions du Conseil Constitutionnel, ni la volonté de ce dernier d'exercer la plénitude de ses attributions, ne sont plus sérieusement discutés. Or c'est précisément la nature desdites fonctions qui différencie la juridiction du Conseil Constitutionnel de celle du Conseil d'Etat.

Le Conseil Constitutionnel contrôle à la fois le recrutement des titulaires des pouvoirs publics qui procèdent de l'élection (Président de la République, membres du Parlement) et l'activité normative des pouvoirs publics. A cet égard les compétences de la haute Instance, loin d'être limitées à la seule détermination de la loi et du règlement, portent également sur le contrôle de la constitutionnalité au fond. La nature des actes dont connaît le Conseil Constitutionnel, donne naissance à un contentieux administratif. Ce dernier, comme l'a montré le Doyen Hauriou, au début de ce siècle, devait également ses caractéristiques propres à la nature même de l'action administrative, laquelle se traduisait par des actes engendrant un contentieux spécifique et inassimilable à celui existant en matière de droit privé. Ainsi l'individualisation du contentieux constitutionnel par rapport au contentieux administratif procède-t-elle d'un processus compa-



nable à celui qui a vu jadis ce même contentieux administratif se différencier du contentieux judiciaire. Le Conseil Constitutionnel, qui connaît désormais de ce contentieux constitutionnel n'en est pas moins une juridiction et non un corps politique.

Il reste à s'interroger sur la portée et l'efficacité du contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel et sur les éventuelles réformes qu'il serait souhaitable d'y apporter.

Devant la concentration sans cesse croissante des pouvoirs de l'Exécutif et le déclin généralisé des Assemblées délibérantes, le Conseil Constitutionnel a-t-il su, à l'instar du Conseil d'Etat, assurer aux citoyens cette protection de leurs droits et de leurs libertés qu'ils sont fondés à obtenir ? Cela ne paraît guère douteux et est notamment démontré par le degré élevé de concordance existant entre les jurisprudences des Conseils dans les matières où ceux-ci exercent des fonctions convergentes de contrôle. Toutefois certaines améliorations pourraient encore être apportées au système actuel. Outre la nécessité de modifier certaines dispositions de la loi organique sur le Conseil Constitutionnel, afin d'éliminer les causes de déni de justice découlant de l'incompétence de la haute Instance pour connaître tant des actes préalables au référendum que des demandes de remboursement de la caution et des frais électoraux, il serait souhaitable de procéder à une révision constitutionnelle ayant pour objet de permettre à une minorité qualifiée des membres du Parlement de saisir la haute Instance. Ce mode de saisine par la minorité du Parlement a d'ailleurs été consacré par le droit constitutionnel allemand et italien.

Une telle réforme lèverait le dernier obstacle susceptible d'empêcher encore le Conseil Constitutionnel d'exercer aussi efficacement ses fonctions de juge constitutionnel que le Conseil d'Etat exerce celles de juge administratif.

## ADDENDUM

« Le Conseil Constitutionnel a-t-il rendu le 16 juillet 1971, sa décision *Marbury v. Madison*, en affirmant l'inconstitutionnalité des « dispositions adoptées par le Parlement, qui instituaient une forme « de déclaration préalable sur les déclarations d'association ? » (1).

Les deux décisions des 28 novembre (2) et 27 décembre 1973 (3) apportent désormais une réponse positive à la question ainsi formulée par M. Rivero. Ce faisant, elles rendent irréversibles les trois innovations majeures de leur devancière :

— l'affirmation de la valeur constitutionnelle intrinsèque du Préambule de 1958 et des deux textes auxquels il se réfère expressément : le Préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ;

— la sanction donnée à la suprématie de la constitution sur la loi, qui fut si longtemps un principe dépourvu d'efficacité ;

— le désaveu infligé aux thèses gouvernementales envers lesquelles la haute Instance ne pourra plus désormais être accusée de complaisance systématique.

L'analyse de cette jurisprudence montre cependant que la décision du 28 novembre 1973 a posé de nouveau le problème de l'effet qu'il convient de donner à la chose jugée par le Conseil Constitutionnel.

### SECTION I : *les décisions des 28 novembre et 27 décembre 1973*

#### § 1. — La décision du 28 novembre 1973.

Saisi par le Premier Ministre d'une demande tendant à faire reconnaître le caractère réglementaire des dispositions de l'article 188-9, 1<sup>o</sup> du Code rural, tendant à réprimer d'une peine de 500 à 2 000 francs, le défaut de demande d'autorisation préalable ou de souscription de demande préalable en cas de cumul ou de réunion d'exploitations agricoles ou de certains autres cumuls, la haute Instance a répondu en ces termes :

« Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du Préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui

---

(1) Jean Rivero : « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », D. 1972.265 ; cf. également ci-dessus, pp. 207 et ss.

(2) J.O. 6 décembre 1973, p. 12949.

(3) J.O. 28 décembre 1973, p. 14004.

« leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites « peines ne comportent pas de mesure privative de liberté ».

Ce considérant n'était pas nécessaire à la solution du problème posé au Conseil puisque le texte ne prévoyait, en l'occurrence, aucune peine privative de liberté. La doctrine y a vu une raison supplémentaire de saluer avec enthousiasme une décision qui rend au Parlement sa compétence traditionnelle jusqu'en 1958 (4), pour définir les contraventions et fixer les peines dont elles sont assorties, du moins lorsque celles-ci sont privatives de liberté (5). L'esprit public français se défie traditionnellement de l'exécutif et est assez naturellement enclin à voir dans le législateur, le protecteur des libertés (6). Mais, en l'occurrence, si la défense des libertés publiques, y gagne à coup sûr, la solution ne laisse pas d'être juridiquement douteuse.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, inaugurée par l'arrêt Société Eky, et confirmée par le Conseil Constitutionnel dès le 19 février 1963 (7) qui tirait la conséquence de l'exclusion des contraventions du domaine de la loi, en vertu de l'article 34, alinéa 5 de la constitution, fait donc l'objet d'un revirement spectaculaire. Concluant sur l'arrêt Société Eky, le commissaire du Gouvernement Kahn remarquait : « Ainsi donc, l'article 34 déroge au principe de la légalité « des peines qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse, et nous ne « voyons pas qui pourrait s'en réjouir » (8). Cette analyse avait été contestée par M. Lhuillier, qui avait fait valoir d'une part que le principe de légalité des infractions et des peines, figurait à l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789, dont la valeur dans la hiérarchie des normes est à présent égale à la constitution en vigueur et que, d'autre part, un autre alinéa de l'article 34 confiait au législateur la fixation des garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (9). Pour cet auteur, l'article 34 n'avait donc pas soustrait les contraventions à la compétence législative. Le Doyen Vedel (10), qui avait alors réfuté avec beaucoup de brio et, semble-t-il, de justesse, l'argumentation de M. Lhuillier, écrit treize ans plus tard que « les juristes doivent battre leur coulpe » de ne pas avoir adopté en ce temps l'analyse de cet auteur (11).

(4) Cf. G. Vedel : « Encore une petite phrase... » in *Le Monde* du 5 décembre 1973 ; J.-C. Soyer : « Les principes et le citoyen », in *Le Figaro* des 29-30 décembre 1973 ; R. G. Schwartzberg : « Neuf juges et la Constitution », in « *Le Monde* » du 3 janvier 1974.

(5) Cf. ci-dessus, pp. 229-230.

(6) Cette idée a été analysée par M. Rivero : « Les Libertés publiques », tome I, pp. 155 et ss.

(7) Cf. ci-dessus, pp. 229-230.

(8) S. 1960.III.131.

(9) D. 1960.264.

(10) J.C.P. 1960.II.11629<sup>bis</sup>.

(11) Article précité, in « *Le Monde* » du 5 décembre 1973.

Outre la Déclaration de 1789 et l'article 34, alinéa 3, déjà invoqués par M. Lhuillier, la haute Instance se fonde encore sur l'article 66 de la constitution.

La combinaison de ces trois textes écarte-t-elle vraiment l'article 34, alinéa 5 ? Force est de constater que la réponse est rien moins que certaine.

A. — Sans doute est-il loisible de considérer que le Conseil Constitutionnel, qui cite la Déclaration des Droits, sans mentionner aucun article en particulier, a entendu viser l'article 7 tout autant que l'article 8, la première de ces dispositions stipulant : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Cette règle énonce donc le même principe de légalité des peines que l'article 8 qui pose en outre, les règles de proportionnalité de la peine et de l'infraction ainsi que de la non-rétroactivité de la loi pénale. Qu'il soit donc fait référence à l'article 7 ou à l'article 8 de la Déclaration, le raisonnement formulé par le Doyen Vedel, dans sa note sous l'arrêt Société Eky, demeure toujours valable : « L'article 34 constitue par rapport à l'article 8 de la Déclaration, *lex generalis*, la *lex specialis* qui, selon les principes d'interprétation les plus sûrs, « déroge à celle-ci. » Le caractère express de la dérogation résulte encore des termes mêmes de l'article 34, alinéa 5, ainsi que l'a rappelé M. Kahn : « Sans doute, le mot délit employé seul est-il couramment utilisé pour infraction, mais joint au mot crime, il ne peut être pris que dans son acception précise d'infraction punie de peines correctionnelles. » Les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme, ont donc été abrogés par l'article 34, alinéa 5 de la Constitution.

B. — L'argument tiré de la compétence législative en matière de garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, paraît de prime-abord mieux fondé, mais n'est guère utilisable, en raison tant de l'absence totale de définition de ce concept par la constitution, que de l'hétérogénéité de la matière, ce qui a conduit à constater que le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ne peuvent procéder qu'à une appréciation cas par cas (12). La liberté physique de la personne apparaît à juste titre comme la première des libertés publiques. Faute d'être consacré par un texte clair, ce principe ne peut prévaloir contre les dispositions très précises de l'article 34, alinéa 5.

---

(12) Cf. ci-dessus, pp. 283 et ss.



C. — Reste enfin le recours à l'article 66 de la constitution, qui dispose :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, « gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

M. Vedel interprète ce texte comme signifiant que « l'autorité « judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle et qu'en cette « matière, elle ne doit obéir qu'à la loi » (13). Mais ne faut-il pas plutôt le lire comme précisant d'une part qu'en égard à l'emploi des termes « dans les *conditions* prévues par la loi », le principe de compétence de l'autorité judiciaire, absolu en la matière, ne peut être aménagé que par le législateur (2<sup>e</sup> alinéa) et, d'autre part, que toute détention qui ne résulterait pas d'une condamnation dûment prononcée par le juge judiciaire, serait arbitraire et, comme telle, inconstitutionnelle (1<sup>er</sup> alinéa) (14) ? Dans cette dernière hypothèse, le caractère législatif ainsi posé, se réfère à la compétence et aux pouvoirs de l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle, non à l'origine des règles de fond que cette autorité doit appliquer pour trancher les procès. Que les pouvoirs du juge répressif aient d'ailleurs pour conséquence de subordonner le règlement au respect de la loi, s'agissant des contraventions et des peines qui les répriment, découle de la compétence de ce juge pour connaître, tant par la voie de l'action que par celle de l'exception, de la légalité des règlements, qu'ils servent de base à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense (15). Et l'absence de toute disposition législative à cet égard, en vertu des articles 34 et 37 de la constitution, n'a pas pour effet de soustraire les contraventions — actes du pouvoir réglementaire autonome — au respect des principes généraux du droit et des dispositions constitutionnelles (16). C'est donc mieux même qu'à un régime de légalité, à un véritable régime de constitutionnalité que se trouve soumis l'exercice de la

---

(13) Article précité in « Le Monde ».

(14) L'article 66 ne figurait pas à l'avant-projet de constitution présenté par le Gouvernement au Comité Consultatif Constitutionnel et n'a pas fait davantage l'objet de proposition de cet organe. L'étude de la documentation française sur l'autorité judiciaire (N.E.D. n° 2573 du 20 février 1961) n'en souffle mot alors qu'elle s'étend longuement sur les deux autres articles contenus sous ce titre (64 et 65). L'interprétation en est donc malaisée. Et la disposition qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, n'est-elle pas tenue en échec par le rôle sans cesse croissant du juge administratif en la matière, ainsi qu'en témoigne, par exemple, le recul de la théorie de la voie de fait ? (cf. C.E. 19 juillet 1965, Voskresensky, A.J.D.A. 1965.605 et 4 nov. 1966, *Ministre de l'Intérieur c. Témoignage Chrétien*, A.J.D.A. 1967.40).

(15) T.C. 5 juillet 1951. Avranches et Desmarets, S. 1952, III, 1, note Auby.

(16) Cf. Chapus : « La soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960.119.

compétence réglementaire en matière contraventionnelle. Il n'y a donc pas contradiction entre les articles 34, alinéa 5 et 66 de la constitution.

## § 2. — La décision du 27 décembre 1973.

Cette décision (17), rendue sur saisine du Président du Sénat, conformément à l'article 61, alinéa 2 de la constitution, déclare inconstitutionnel l'article 62 de la loi des finances adoptée pour 1974. En vertu de cette disposition, l'article 180 du code général des impôts, instituant un système de taxation d'office des contribuables « dont les dépenses personnelles ostensibles ou notoires dépassent les revenus déclarées », était complété par le texte suivant :

« Le contribuable auquel il est fait application des dispositions du « présent article peut obtenir la décharge de la cotisation qui lui « est assignée à ce titre, s'il établit sous le contrôle du juge de « l'impôt que les circonstances ne peuvent pas laisser présumer « l'existence de ressources illégales ou occultes ou de comportement « tendant à éluder le paiement normal de l'impôt et si les bases « d'imposition n'excèdent pas 50 % de la limite de la dernière « tranche du barème de l'impôt sur le revenu. »

C'est sous forme d'un article additionnel que le dernier membre de phrase excluant le recours au juge pour les titulaires des revenus dépassant un certain montant, avait été rajouté au texte de la commission mixte paritaire, lequel était, pourtant déjà en retrait sur l'amendement sénatorial (18). Cette solution transactionnelle, adoptée sans discussion par l'Assemblée Nationale (19), avait été vivement critiquée au Sénat (20). Les Pères conscrits ne s'y étaient résignés qu'en vue de sauver les autres dispositions de l'article 62. Celui-ci n'en a pas moins été annulé en son entier (21) par le Conseil Constitutionnel, qui s'est fondé à la fois sur un argument de fond (violation de la Déclaration de 1789) et sur un argument de procédure (violation de l'article 42 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances) (22).

(17) J.O. du 28 décembre 1973, p. 14004.

(18) J.O. débats Sénat, séance du 18 décembre 1973, p. 3062.

(19) J.O. débats Ass. Nat., 2<sup>e</sup> séance du 18 décembre 1973, p. 7144.

(20) Le rapporteur général de la commission des finances avait déclaré : « Le texte est certainement très mauvais. Nous l'acceptons, ou plutôt nous le subissons comme un moindre mal » (J.O. débats Sénat, p. 3063).

(21) Répondant à M. Armengaud, qui suggérait au Président du Sénat de saisir le Conseil, M. Dailly remarquait : « Il faut donc être circonspect et ne le saisir que du seul passage restrictif relatif aux bases d'imposition car il ne faudrait pas risquer de voir supprimer l'ensemble de la disposition » (*ibid.*).

(22) Texte ainsi conçu : « Aucun article additionnel, aucun amendement « à un projet de loi de finances ne peut être présenté, sauf s'il tend à sup-

### A. — La violation de la Déclaration de 1789.

Le Conseil Constitutionnel relève que la nouvelle rédaction de l'article 180 « tend à instituer une discrimination entre les citoyens « au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une « décision de taxation d'office de l'administration les concernant. « Qu'ainsi, ladite disposition porte atteinte aux principes d'égalité « devant la loi contenue dans la Déclaration des droits de l'Homme de « 1789 et solennellement réaffirmée par le préambule de 1958. »

Un texte, qui a pour seul objet de refuser la protection du juge aux citoyens dont les bases d'imposition excèdent un certain montant (en pratique 92 000 francs), constitue une violation tellement flagrante des principes de l'égalité devant la loi, qu'il postule la censure du juge constitutionnel. Cette solution avait d'ailleurs été prévue par certains sénateurs (23) qui n'ignoraient pas les décisions des 16 juillet 1971 et 28 novembre 1973 consacrant la reconnaissance par le préambule de 1958, de la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et du préambule de 1946.

### B. — La violation de l'article 42 de la loi organique relative aux lois de finances.

La haute Instance retient encore, à titre subsidiaire, que la disposition litigieuse a été introduite sous forme d'article additionnel, en violation de l'article 42 de la loi organique relative aux lois de finances. Elle étend donc à la conformité à cette disposition le contrôle sur la procédure qu'elle exerçait déjà en matière de loi de finances par rapport à l'article 40 de la Constitution (24). L'initiative parlementaire, en matière budgétaire, fortement limitée par ce dernier texte, est réduite à presque rien (25). La recevabilité de la proposition parlementaire est en effet assujettie, non plus à la preuve d'une abstention (pas de diminution des ressources publiques, ni de création ou d'aggravation d'une charge publique), mais d'une action (réalisation soit de la suppression ou de la réduction d'une dépense, soit de la création ou de l'accroissement d'une recette, soit

---

« primer ou à réduire effectivement une dépense, à créer ou à accroître une « recette ou à assurer le contrôle des dépenses publiques ».

(23) MM. Coudé du Foresto, Armengaud et Dailly. Ce dernier remarquait : « La Déclaration des Droits de l'Homme dit ceci : " Les hommes naissent « et demeurent libres et égaux en droit." Je trouve risible de voir le Gou- « vernement se référer à cette Déclaration pour justifier un texte dans « lequel il dispose qu'une seule catégorie de contribuables aura droit à « demander justice » (J.O. débats Sénat, séance du 18 décembre 1973, p. 3063).

(24) Cf. ci-dessus, pp. 251-252.

(25) Le Gouvernement s'était, à quelques reprises, prévalu de cette disposition devant le Sénat, mais n'avait jamais réussi à en imposer vraiment le respect (cf. J.O. débats Sénat, séance du 25 novembre 1964, p. 1910).



encore d'un meilleur contrôle des dépenses publiques) (26). Il en découle que l'institution d'un contrôle du juge sur la taxation d'office des revenus, prévue à l'article 180 du code général des impôts, échappe à toute initiative parlementaire, comme ne satisfaisant pas aux conditions limitativement énoncées par l'article 42 de la loi organique.

Le Conseil Constitutionnel ayant, fort logiquement, constaté l'indivisibilité des dispositions du texte litigieux, on en revient, non sans quelque paradoxe, à l'ancienne situation, caractérisée par l'exclusion de tout recours juridictionnel (27).

A défaut d'équité, l'administration des finances y trouve son compte.

## SECTION II : *le problème de la portée de chose jugée de la décision du 28 novembre 1973*

La décision du 28 novembre 1973 a relancé la controverse autour de la portée de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil Constitutionnel. Pour la haute Instance, cette autorité est absolue et s'étend non seulement au dispositif de la décision, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même (28). Le Conseil d'Etat estime, au contraire, que cet effet ne se produit que pour l'objet même de chaque décision (29). La réaffirmation de sa position par le Conseil Constitutionnel, est d'autant plus éclatante, qu'il a choisi, pour ce faire, d'insérer dans un considérant, une incidente qui n'était nullement nécessaire à la solution de la question concrète qu'il devait trancher. Cette interprétation, qui peut s'autoriser des termes mêmes de l'article 62 de la Constitution, allait-elle être admise tant par les juridictions répressives, avec à la tête la chambre criminelle de la Cour de cassation, que par le Conseil d'Etat ?

Tant que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation n'avait pas statué, aucune conclusion ne pouvait être tirée des quelques juge-

---

(26) En cela, ce texte n'est pas conforme à l'article 40 de la Constitution, mais ayant été édicté par l'ordonnance du 2 janvier 1959 (pris en vertu de l'article 92 de la Constitution), antérieurement à l'entrée en fonction du Conseil Constitutionnel, il a échappé au contrôle de constitutionnalité auquel sont obligatoirement soumises les lois organiques. Pour remédier à cet état de choses, une intervention législative est nécessaire et souhaitable.

(27) Et pourtant le texte de la commission mixte paritaire, que le ministre des finances a cru devoir modifier, reprenait, mot pour mot, la rédaction du projet gouvernemental de la loi de finances pour 1971, dont les dispositions avaient été alors écartées par un amendement de M. Charret, député de Lyon (J.O. débats Sénat, séance du 18 décembre 1973, p. 3063).

(28) Cf. ci-dessus, p. 136.

(29) Cf. ci-dessus, pp. 142 et ss.



ments de police, qui s'étaient immédiatement conformés au point de vue du Conseil Constitutionnel (30).

Or le 26 février 1974, la Cour s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité des peines d'emprisonnement prévues par décret. Cette solution lui était proposée au fond par son procureur général, M. Touffait, lequel avait cependant tenu à la mettre en garde contre « une opposition de principe à la position du Conseil Constitutionnel ». Aux termes des réquisitions, l'absence d'un conflit de ce type découlait du caractère « d'avis » de l'incidente énoncée par le Conseil Constitutionnel. La Cour n'a pas retenu ce dernier argument. Elle s'est bornée à remarquer que les dispositions réglementaires contenues dans le code de la route, qui lui sont soumises entrent « dans les prévisions des articles 464, 465 et 466 du code pénal et 521 du code de procédure pénale » et « que ces derniers textes ayant valeur législative s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire, qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité ».

La Chambre criminelle se refuse donc purement et simplement à entrer dans le débat ouvert par le Conseil Constitutionnel, en arguant de ce qu'un examen de la constitutionnalité d'un règlement pris conformément à une loi l'entraînerait à apprécier indirectement la constitutionnalité de cette loi, ce pour quoi elle n'a pas compétence. Mais feindre l'ignorance de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel n'en revient pas moins à la contredire.

Quant au Conseil d'Etat, saisi pour avis par le Gouvernement, d'un projet de décret, relatif à la suspension du permis de conduire, il est demeuré fidèle à l'interprétation de ses formations contentieuses et a critiqué, non sans quelque humeur, la décision du Conseil Constitutionnel (31). Le conflit de fond entre les jurisprudences des

---

(30) C'est ainsi que dès le 6 décembre 1973, le tribunal de police de Pithiviers rendait un jugement ainsi rédigé : « Attendu que M. le Procureur de la République, évoquant les motifs de l'arrêt du 28 novembre 1973 du Conseil Constitutionnel, considère que le décret n° 72-95 du 1<sup>er</sup> février 1972, relatif à la répression de l'émission de chèques sans provision est contraire à la Constitution en tant qu'il a prévu des peines d'emprisonnement, qu'en effet il appartient au pouvoir législatif seul d'édicter des peines privatives de liberté ; qu'il y a lieu, par suite, conformément à ces réquisitions de sanctionner les contraventions par des peines d'amende » (cité par *Le Monde* du 16 janvier 1974, qui fait état d'autres jugements en ce sens, notamment du tribunal d'Orléans en date du 14 janvier). Mais le Garde des Sceaux a aussitôt réagi en adressant une circulaire aux procureurs généraux, leur recommandant de demander aux magistrats du parquet placés sous leurs ordres, de ne pas hésiter à requérir des peines privatives de liberté en matière de contravention. L'avis récent du Conseil d'Etat était, d'ailleurs largement invoqué par le Ministre de la Justice.

(31) Après s'être étonné, en termes voilés, du revirement de jurisprudence opéré par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 28 novembre 1973, le Conseil d'Etat rappelle que les peines de prison peuvent être

Conseils n'est pas ouvert, puisque la haute Juridiction administrative a rendu un avis et non une décision contentieuse. Il est néanmoins latent, car si le Gouvernement, fort de cet avis, décide de statuer sur la matière en cause par décret et qu'une proposition de loi est ensuite déposée au Sénat en vue de modifier ou d'abroger ce décret, le Gouvernement peut difficilement ne pas opposer l'irrecevabilité et le Président du Sénat peut plus difficilement encore, ne pas se ranger à l'avis de l'auteur de la proposition. La saisine, dès lors obligatoire du Conseil Constitutionnel, se doublera vraisemblablement d'un recours en Conseil d'Etat contre le décret litigieux (32). Comment imaginer, en effet, qu'il ne se trouvera pas au moins un justiciable pour saisir cette juridiction, en arguant de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel ? Dès lors, c'est le même texte qui est en cause devant les deux Conseils et le Conseil d'Etat doit s'incliner en vertu de l'autorité relative de la chose jugée, qu'il n'a jamais contestée aux décisions du Conseil Constitutionnel (33). Au terme d'une procédure longue et compliquée, les principes proclamés par le Conseil Constitutionnel ne prévalent finalement que texte par texte. La reconnaissance de l'autorité absolue de chose jugée aux décisions de la haute Instance eût prévenu une telle situation (34). Elle eut été de surcroît conforme à l'article 62 de la constitution auquel l'interprétation du Conseil d'Etat a ôté tout effet utile. Comme le note très bien Yves Gaudemet :

« Il faut d'ailleurs bien voir que cet état de choses ôte toute « portée pratique aux dispositions de l'article 62 de la constitution ; « ce texte pourrait disparaître de la Constitution sans que la position « du Conseil Constitutionnel en soit modifiée ; en effet le régime « qui est actuellement fait aux décisions du Conseil Constitutionnel « découle suffisamment du caractère de juridiction constitutionnelle « de celui-ci, sans que l'article 62 y ajoute quoi que ce soit. Et pour- « tant, il existe un principe dit de "l'effet utile" d'un texte ; ne « vaudrait-il pas en matière constitutionnelle ? Ou bien, serait-ce « que l'article 62 voudrait dire dans l'esprit des constituants, plus « que n'y a lu le Conseil d'Etat ? » (35).

Que devient alors la stabilité que les justiciables sont en droit d'attendre de l'ordre juridique ?

---

instituées par décret sur le fondement, tant de l'article 34 de la Constitution, que de l'ordonnance du 23 décembre 1958, « modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police » et « dont le caractère législatif... a été reconnu par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ». (Avis publié par *Le Monde* du 8 mars 1974).

(32) Ce mécanisme procédural a été analysé ci-dessus, pp. 168 et ss.

(33) Cf. ci-dessus, pp. 147-149.

(34) Cf. ci-dessus, pp. 136 et ss. et 156.

(35) « Les méthodes du juge administratif », note 181, p. 177 (Paris 1972).

## BIBLIOGRAPHIE

### I. — OUVRAGES GENERAUX

- AUBY et DRAGO. — *Traité de contentieux administratif*, 3 vol. L.G.D.J. 1962.
- BURDEAU (G.). — *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J. 14<sup>e</sup> éd. 1969.
- CARRÉ DE MALBERG (R.). — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol. rééd. C.N.R.S. 1963.
- DUVERGER (M.). — *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Thémis, 11<sup>e</sup> éd. 1970.
- DUGUIT (L.). — *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol. 2<sup>e</sup> éd. Paris 1921-25.
- HAURIOU (M.). — *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. Sirey 1929.  
*Précis de droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd. 1927.
- JÈZE (G.). — *Principes généraux du droit administratif*, 5 vol. 1925.
- KELSEN (H.). — *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd. 1962.
- LAUBADÈRE (A. de). — *Traité élémentaire de droit administratif*, 3 vol. L.G.D.J. 1967-70.
- LAFERRIÈRE (J.). — *Manuel de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. 1947.
- LONG, WEIL et BRAIBANT. — *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, L.G.D.J. 5<sup>e</sup> éd. 1969.
- ODENT (R.). — *Contentieux administratif*, Cours I.E.P. Paris, 1965-66 et 1970-71.
- PRELOT (M.). — *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1969.
- RIVERO (J.). — *Droit administratif*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 1967.
- ROUSSEAU (C.). — *Droit international public*, tome I, Sirey, 1970.
- VEDEL (G.). — *Manuel de droit constitutionnel*, 1947.  
*Droit constitutionnel et institutions politiques ; Les cours du droit*, 1959-60.  
*Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Thémis, 1968.

## II. — OUVRAGES SPECIAUX

- AVRIL (P.). — *Le régime politique de la V<sup>e</sup> République*, 2<sup>e</sup> éd. L.G.D.J. 1967.
- BASTID (P.). — *Sièyès*. Paris 1939.
- BATAILLER (F.). — *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, L.G.D.J. 1966.
- BONNARD (R.). — *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris 1934.
- BRACHET (B.). — *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*. Thèse Bordeaux 1965.
- CARRÉ DE MALBERG (R.). — *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931.
- CHARNAY (J.-P.). — *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, L.G.D.J. 1964.  
*Le suffrage politique en France*, Paris 1965.  
*Les scrutins politiques en France*, Paris 1965.
- CHAUDET (J.-P.). — *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J. 1967.
- CHENUT (P.). — *La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe*, Thèse Paris 1956.
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *numéro spécial N.E.D.* 25 février 1961, n° 2755.
- COTTERET (J.-M.). — *Le pouvoir législatif en France*, L.G.D.J. 1962.
- CLAVIÈRE-SHIELLE (J.). — *Les techniques juridictionnelles du Conseil Constitutionnel*, Mémoire D.E.S. Paris 1960.
- DAVID (R.). — *Les grands systèmes de droit contemporain*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris 1969.
- DESLANDRES (M.). — *Histoire constitutionnelle de la France*, 3 vol. Paris 1932-37.
- DICEY (A. V.). — *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Ed. française Paris 1902.
- DUPUIS, GEORGEL et MOREAU. — *Le Conseil constitutionnel*, Paris 1970.
- EISENMANN (C.). — *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*, Thèse Paris 1928.
- FAVOREU (L.). — *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J. 1964.
- GICQUEL (J.). — *Essai sur la pratique de la V<sup>e</sup> République*, L.G.D.J. 1968.
- GROUX (J.). — *Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958*, N.E.D. n° 2908 et 2959, 1962-63.



- GUILLIEN (R.). — *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse Bordeaux 1931.
- HORTUS (C.). — *Le Conseil Constitutionnel français et le tribunal constitutionnel fédéral allemand*, Mémoire D.E.S. Paris 1965.
- JEANNEAU (B.). — *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse Poitiers 1954.
- KESSLER (M. C.). — *Le Conseil d'Etat*, Paris 1968.
- LAMBERT (J.). — *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, Paris 1937.
- LEMASURIER (J.). — *La constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Thèse Paris 1952.
- LOSCHAK (D.). — *Le rôle politique du juge administratif français*, Thèse Paris 1970.
- NEGRIN (J.-P.). — *Le Conseil d'Etat et la vie politique en France, depuis 1958*, P.U.F. Paris 1968.
- PHILIP (L.). — *Le contentieux des élections aux Assemblées politiques françaises*, L.G.D.J. 1961.
- PIERRE (E.). — *Traité de droit politique et parlementaire*, 5<sup>e</sup> éd. Paris 1924.
- PROUZET (M.). — *Le contrôle de la constitutionnalité*, Thèse Paris 1970.
- SCELLE (G.). — *La fonction juridictionnelle*. Les Cours du droit, Paris 1944-45.
- TUNC (A. et S.). — *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, 2 vol. Paris 1954.
- TUNC (A.). — *Le droit des Etats-Unis*, P.U.F. 1964.
- VIZIOZ (H.). — *Etudes de procédure*, Paris 1931.  
*Principes de procédure*, Bordeaux 1956.
- VOISSET (M.). — *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Thèse Paris 1969.

### III. — ARTICLES

- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *R.D.P.* 1900. T. I, 237 et II, 263.
- AUBY (J.-M.). — Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, *A.J.D.A.* 1959, I, p. 106.
- BEAUTÉ (J.). — L'antinomie de la suprématie de la Constitution et de l'autonomie réglementaire des Assemblées, *Politique* 1963-97.
- BERLIA (G.). — La France et le Gouvernement des Juges, *La Justice*, Colloque de Nice 1961.

- BERTRAND (L.). — Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution, *E.D.C.E.* 1959-67.
- BUERSTEDDE (W.). — La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande, *R.I.D.C.* 1957-56.
- BONNARD (R.). — La conception matérielle de l'acte juridictionnel, *Mélanges Carré de Malberg*, p. 23.
- CHAUMONT (C.). — Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, *R.D.P.* 1942, 95.
- CHAPUS (R.). — De la soumission au droit des règlements autonomes, *D.* 1960, 120.  
De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *D.* 1966, Chr. 99.
- CRISAFULLI (V.). — Le système de contrôle de constitutionnalité des lois en Italie, *R.D.P.* 1968, 83.
- COHEN (A. G.). — La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi et du règlement d'après l'article 34 de la Constitution, *R.D.P.* 1963, 755.
- COTTERET (J.-M.). — Le pouvoir réglementaire en matière budgétaire, *R.S.F.* 1963, 371.
- DUEZ (P.). — Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France, *Mélanges Hauriou*, p. 224.
- DUPEYROUX (O.). — La loi de 1901 et le destin du Conseil Constitutionnel, *Le Monde* du 12 juillet 1971.
- DUVERGER (M.). — Conseil d'Etat ou Conseil du Roi, *Le Monde* du 6 juin 1963.  
De vrais juges constitutionnels, *Le Monde* du 6 mars 1971.  
Les juges et la loi, *Le Monde* du 8 août 1971.
- EISENMANN (C.). — Palindromes ou stupeur, *Le Monde* du 5 mars 1959.  
La justice dans l'Etat, colloque de Nice : *La Justice*, 1961.  
En collaboration avec L. Hamon : La Juridiction constitutionnelle en droit français, *Colloque de Heidelberg*, 1962.
- FAVOREU (L.). — Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, *R.D.P.* 1967, 5.
- GENY (P.). — De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la IV<sup>e</sup> République française, *J.C.P.* 1947, p. 1.
- GEORGEL (J.). — Aspects du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, *R.D.P.* 1960, 93.
- GIFFARD (J.). — Les domaines respectifs de la loi et du règlement, *S.* 1960, 102.

- GODECHOT (T.). — Indépendance de la Cour constitutionnelle italienne, *Revue des sciences politiques Toulouse*, 1962, n° 5 et 6.
- HAMON (L.). — Quand les Assemblées parlementaires ont des juges, *D.* 1959, 253.  
 Les domaines de la loi et du règlement. A la recherche d'une frontière, *D.* 1960, 253.  
 La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail, *D.S.* 1964, 407.
- JEANNEAU (B.). — La nature des principes généraux du droit, *Etudes de Droit contemporain*, 1962.
- JÈZE (G.). — L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, *R.D.P.* 1909, 667.  
 Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations de Droits, *R.D.P.* 1913, 685.  
 L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie, *R.D.P.* 1922, 138.
- J. T. — Le contrôle juridique des actes préalables au référendum, *A.J.D.A.* 1961, II, 695.
- KELSEN (H.). — Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, *R.D.P.* 1926, 561.  
 La garantie juridictionnelle de la Constitution, *R.D.P.* 1928, 198.
- LACHAUME (J.-F.). — La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans le domaine de l'aide sociale, *Revue de l'aide sociale*, janvier 1962.
- LAMARQUE (J.). — Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16, *J.C.P.* 1962, I, 1711.
- LAMPUE (P.). — La notion d'acte juridictionnel, *R.D.P.* 1946, 5.
- LARCHÉ. — Le Conseil Constitutionnel organe du pouvoir d'Etat, *A.J.* 1972, 132.
- LASSALE (J.-P.). — Les limites du contrôle de constitutionnalité des lois en Allemagne occidentale, *R.D.P.* 1953, 106.
- LAVAU (G.). — Le juge et le pouvoir politique, *La Justice*, 1961.
- LEGARET (J.). — Réflexions sur le contrôle constitutionnel, *Rev. pol. des idées et institutions* 1959, 487 et 523.
- LETOURNEUR (M.). — Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, *E.D.C.E.* 1951, 8.
- LOUIS-LUCAS (P.). — La loi, *D.* 1964, Chr. XXIX, p. 197.
- LUCE (E. P.). — Le contrôle préalable du référendum, *J.C.P.* 1961, 1632.
- MESNARD (A. H.). — Dix années de jurisprudence en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires, *A.J.* 1970, 259.

- MIGNON (F.). — Le contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des lois, *D.* 1952, 45.
- MORANGE (G.). — Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits, *R.D.P.* 1945, 229.  
La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958, *D.* 1959, Chr. 22.  
Les principes généraux du droit sous la V<sup>e</sup> République, *R.D.P.* 1960, 1188.
- PELLOUX (R.). — Aspects du Préambule de la Constitution de 1958, *Mélanges Basdevant* 1960.
- PERNOT (G.). — Du Comité Constitutionnel au Conseil Constitutionnel, *Rev. pol. des idées et institutions* 1958, 545.
- PHILIP (L.). — Les attributions et le rôle du Conseil Constitutionnel en matière d'élections et de référendum, *R.D.P.* 1962, 46.
- RIVERO (J.). — La Constitution de 1946 et les droits économiques et sociaux, *Coll. Droit social* 1947, XXXI, p. 21.  
Le juge administratif, un juge qui gouverne ? *D.* 1951, Chr. p. 21.  
Regards sur les institutions de la V<sup>e</sup> République, *D.* 1958, 259.  
La garantie par le Conseil Constitutionnel, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, des libertés proclamées par le Préambule de la Constitution, *A.J.D.A.* 1971, 537.
- ROBERT (J.). — Les libertés publiques et la justice, *Le Monde* du 10 juillet 1971.
- ROUSOU de BOUBÉE (G.). — Les deux sources du droit pénal d'après la Constitution du 4 octobre 1958, *J.C.P.* 1961, n° 1638.
- SALOMON (J.). — Les opérations préparant les élections devant le juge de l'excès de pouvoir, *R.D.P.* 1957, 605.
- SANDULLI. — La juridiction constitutionnelle en Italie, *Colloque de Heidelberg* 1962, p. 293.
- SIRAT (C.). — La loi organique et la Constitution de 1958, *D.* 1960, Chr. XXVII.
- SOTO (J. de). — La loi et le règlement dans la Constitution de 1958, *R.D.P.* 1959, 240.
- SOULIER (A.). — La délibération du Comité Constitutionnel du 18 juin 1948, *R.D.P.* 1949, 195.
- TUNC (A.). — Le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis, *Annales du droit*, 1969, p. 284.
- VEDEL (G.). — La Constitution de 1946 et les droits économiques et sociaux, *Coll. droit social* 1947, p. 21 (en collaboration avec M. Rivero).



Le Conseil Constitutionnel n'est pas compétent, *Le Monde* du 14 septembre 1961.

VINCENT (P.). — De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, *A.J.D.A.* 1965, 564.

VIRALLY (M.). — Le Conseil d'Etat et les traités internationaux, *J.C.P.* 1953, I, 1098.

WALINE (M.). — Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle, *R.D.P.* 1928, 441.

Du critère des actes juridictionnels, *R.D.P.* 1933, 565.

La notion de juridiction et ses conséquences, *R.D.P.* 1947, 67.

Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958, *R.D.P.* 1959, 699.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement, *R.D.P.* 1960, 1011.

#### IV. — NOTES, CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS

BAUDOUIN (J.). — Cl. sous C.E. 12 décembre 1969, Conseil National de l'ordre des pharmaciens, *A.J.D.A.* 1970, 102.

BERLIA (G.). — Note sous C.E. 12 mars 1962, Rubin de Servens, *R.D.P.* 1962, 288.

BERNARD (R.). — Cl. sous C.E. 28 oct. 1962, *Brocas. D.* 1962, 701.

Cl. sous C.E. 30 mars 1962, Association Nationale de la Meunerie, *D.* 1962, 630.

BRACHET (B.). — Note sous C.C. 30 janvier 1968, *R.A.* 1968, 160.

BRAIBANT (G.). — Cl. sous C.E. 1<sup>er</sup> juillet 1960, Fnoss et Fradin, *D.* 1960, 690.

Cl. sous C.E. 13 juillet 1962, Conseil National de l'ordre des médecins, *R.D.P.* 1962, 762.

Cl. sous C.E. 27 novembre 1964, Caisses centrales de secours mutuels agricoles, *D.S.* 1965, 327.

Cl. sous C.E. 9 décembre 1966, FNOSS, *A.J.D.A.* 1967, 161.

Cl. sous C.E. 5 mai 1967, Conseil National de l'ordre des médecins, *D.S.* 1967, 526.

Commentaire sur C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *E.D.C.E.* 1962, 67.

CHEVALLIER (J.). — Note sous C.E. 7 décembre 1970, Riehm c. O.R.T.F., *D.* 1971, I, 610.

CLAISSE (A.). — Note sous C.C. 17 mai 1969 (4 décisions), *J.C.P.* 1970, I, 16271.

- COMBARNOUS et GALABERT. — Chronique sous C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *A.J.D.A.* 1959, I, 153.
- DEBBASCH (C.). — Note sous C.E. 19 octobre 1962, Canal, *J.C.P.* 1963, II, 13068.
- DONNEDIEU de VABRES (J.). — Cl. sous 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, *R.D.P.* 1953, 448.
- DRAGO (R.). — Note sous C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *S.* 1959, 392.
- EISENMANN (C.). — Note sous C.E. 6 novembre 1936, Arrighi, *D.* 1938, III, 1.  
Note sous C.E. 17 février 1953, Falco et Vidaillac, *D.* 1953, 683.
- FAVOREU (L.). — Note sous C.C. 30 janvier 1968, *J.C.P.* 1968, II, 15627
- FOURNIER (J.). — Cl. sous C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *R.D.P.* 1959, 1004.  
Cl. sous C.E. 18 mai 1960, *Karle, Rec.* p. 333.  
Cl. sous C.E. 3 décembre 1966, Fédération hospitalière des maisons de santé de France et d'Outre-mer, *D.S.* 1967, 262.
- FOURRÉ et GENTOT. — Chronique sous C.E. 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, *A.J.D.A.* 1963, 46, 460.
- GALABERT et GENTOT. — Chronique sous C.E. 27 janvier 1961, Dauni-zeau, *A.J.D.A.* 1961, 75.
- GALMOT (Y.). — Cl. sous C.E. 22 avril 1966, Fédération Nationale des syndicats de police de France et d'Outre-mer, *A.J.D.A.* 1966, 355.  
Cl. sous C.E. 3 février 1967, Confédération générale des vigne-rons du midi, *A.J.D.A.* 1967, 165.
- GAZIER (F.). — Cl. sous C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, *R.D.P.* 1950, 691.
- GENTOT (M.). — Cl. sous C.E. 3 décembre 1969, Chevrot, *D.* 1970, 69.
- HAMON (L.). — Note sous C.C. 3 juillet 1959, *D.* 1959, 501.  
27 novembre 1959 (2 décisions), *D.* 1960, 518 et 533.  
15 janvier 1960 (2 décisions), *D.* 1960, 293 et 351.  
29 janvier 1960, *D.* 1960, 461.  
7 avril 1960 (2 décisions), *D.* 1960, 668.  
7 avril et 8 juillet 1960, *S.* 1961, 103.  
8 juillet 1960, *S.* 1961, 101.  
11 août 1960 (2 décisions), *S.* 1961, 102 et *D.* 1961, 470.  
29 janvier et 14 octobre 1960, *S.* 1961, 163.  
14 octobre 1960, *D.* 1961, 109.  
23 décembre 1960, *D.* 1962, 467.  
20 janvier 1961, *D.* 1962, 177.  
17 février 1961, *S.* 1961, 255.

- 3 mai 1961, *S.* 1961, 349.  
 30 juin 1961, *S.* 1961, 350.  
 18 juillet 1961 (2 décisions), *S.* 1961, 253 et *D.* 1961, 541.  
 14 septembre 1961, *D.* 1963, 17.  
 8 septembre et 18 octobre 1961, *D.* 1963, 381.  
 Note sous C.C. 22 décembre 1961 (3 décisions), *S.* 1963, 279 et 305 ; *D.* 1963, 509.  
 16 janvier 1962, *S.* 1963, 303.  
 10 juillet 1962, *S.* 1963, 277.  
 31 juillet 1962, *D.* 1964, 69.  
 6 novembre 1962, *D.* 1963, 398.  
 4 décembre 1962, *S.* 1964, 61.  
 19 février 1963 (2 décisions), *S.* 1964, 205 et *D.* 1964, 92.  
 12 mars 1963, *D.* 1964, 489.  
 11 juin 1963 (2 décisions), *D.* 1964, 109 et *S.* 1964, 63.  
 30 juillet 1963 (2 décisions), *D.* 1964, 311 et *S.* 1964, 207.  
 9 et 30 juillet 1963, *D.* 1964, 454.  
 20 décembre 1963, *S.* 1964, 207.  
 17 mars 1964, *D.* 1965, 681.  
 19 mars 1964, *D.* 1965, 189.  
 12 mai 1964, *S.* 1964, 334.  
 22 mai 1964, *S.* 1964, 338.  
 17 septembre 1964, *D.* 1965, 549.  
 18 décembre 1964, *D.* 1966, 17.  
 21 décembre 1964 (2 décisions), *D.* 1965, 597 et 641.  
 9 février 1965, *D.* 1967, 405.  
 Note sous C.E. 18 octobre 1961, *S.* 1963, 278.  
 27 octobre 1961, Le Regroupement National, *S.* 1963, 28.  
 24 novembre 1961, Fédération nationale des Syndicats de police de France et d'Outre-mer, *S.* 1963, 59.  
 HAURIU (M.). — Note sous C.E. 7 août 1909, Winkel, *S.* 1909, II, 49.  
 Note sous C.E. 1<sup>er</sup> mars 1912, Tichit, *S.* 1913, III, 137.  
 HENRY (J. F.). — Cl. sous C.E. 2 mars 1962, Ruben de Servens, *R.D.P.* 1962, 288.  
 HEUMANN (A.). — Cl. sous C.E. 28 octobre 1960, Laboulaye, *A.J.D.A.* 1961, 20.  
 KAHN (J.). — Cl. sous C.E. 12 février 1960, société Eky, *S.* 1960, 263.  
 LATOURNERIE (R.). — Cl. sous C.E. 6 novembre 1936, Arrighi, *S.* 1937, III, 33.  
 LAUBADÈRE (A. de). — Note sous C.E. 19 octobre 1962, Canal, *A.J.D.A.* 1962, 612.

- Note sous 3 décisions du C.C., *A.J.D.A.* 1965, 100.  
Note sous C.C. 30 janvier 1968, *A.J.D.A.* 1968, n° 110.
- LAVIGNE (P.). — Note sous C.C. 23 février 1970, *D.* 1970, 388.
- LECAT et MASSOT. — Chronique sous C.E. 3 février 1967, Confédération des vignerons du midi, *A.J.D.A.* 1967, 159.
- LECLERCQ (C.). — Note sous C.E. 20 octobre 1961, Le Regroupement National, *D.* 1962, 23.
- LETOURNEUR (M.). — Note sous C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *D.S.* 1951, 368.
- LIET-VAUX (G.). — Note sous C.C. 23 décembre 1960, *R.A.* 1961, 46.
- MATHIOT (A.). — Note sous C.E. 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, *S.* 1953, III, 33.
- MORANGE (G.). — Note sous C.E. 26 octobre 1945, Aramu, *D.* 1946, 148.  
Note sous C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, *D.* 1962, 109.
- ODENT (R.). — Cl. sous C.E. 26 octobre 1945, Aramu, *S.* 1946, III, 1.  
Cl. sous C.E. 7 février 1947, d'Allières, *R.D.P.* 1947, 68.
- PHILIP (L.). — Note sous C.C. 20 janvier 1961, *S.* 1961, 165.  
Note sous C.E. 11 janvier 1963, Rebeuf, *S.* 1963, 443.
- RIGAUD (J.). — Note sous C.E. 29 janvier 1965, Lherbier, *A.J.D.A.* 1965, 103.
- RIVERO (J.). — Note sous C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, *D.S.* 1951, 368.
- ROBERT (J.). — Note sous C.C. 16 juillet 1971, *R.D.P.* 1971, 1171.
- TEITGEN (P. H.). — Note sous C.C. 27 novembre 1959, *D.S.* 1961, 41.  
Note sous C.E. 28 octobre 1960, Laboulaye, *D.S.* 1961, 141.
- TROTABAS (L.). — Note sous C.E. 21 novembre 1958, Syndicat National des transporteurs aériens, *D.* 1959, 475.  
Note sous C.C. 11 août 1960, *R.S.F.* 1961, 5.
- VEDEL (G.). — Note sous plusieurs décisions du C.E. de 1951, *J.C.P.* 1952, II, 6810.  
Note sous C.E. 17 février 1953, Falco et Vidaillac, *J.C.P.* 1953, II, 7598.  
Note sous C.E. 12 février 1960, Société Eky, *J.C.P.* 1960, II, 11629 *bis*.
- VOISSET (M.). — Note sous C.C. 26 juin 1969, *J.C.P.* 1970, I, 2290.
- WALINE (M.). — Note sous C.E. 7 février 1947, d'Allières, *R.D.P.* 1947, 68.  
Note sous C.E. 17 février 1953, Falco et Vidaillac, *R.D.P.* 1953, 448.
- WEIL (P.). — Note sous C.E. 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, *D.* 1950, 383.



## TABLE DES MATIERES

|                                                                                                                     |        |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| INTRODUCTION .....                                                                                                  | 9      |
| PARTIE PRELIMINAIRE .....                                                                                           | 11     |
| <br><i>CHAPITRE I. — LES CRITERES DU CARACTERE JURIS-<br/>DICTIONNEL D'UN ORGANE</i> .....                          | <br>13 |
| Section 1. — Les critères organiques et formels .....                                                               | 14     |
| § 1. — <i>Le critère organique tiré de l'organisation et<br/>          de la composition de l'institution</i> ..... | 14     |
| A. — La notion d'affectation spéciale à l'examen des<br>questions juridictionnelles .....                           | 15     |
| B. — Le critère de l'indépendance fonctionnelle ..                                                                  | 16     |
| § 2. — <i>Le critère formel tiré de l'existence des « formes<br/>          distinctes »</i> .....                   | 17     |
| A. — La doctrine .....                                                                                              | 17     |
| B. — La jurisprudence .....                                                                                         | 18     |
| Section II. — Les critères matériels et le critère tiré de<br>l'autorité de chose jugée .....                       | 19     |
| § 1. — <i>Les critères matériels</i> .....                                                                          | 19     |
| A. — L'acte juridictionnel défini d'après son objet.                                                                | 20     |
| B. — L'acte juridictionnel défini d'après sa struc-<br>ture .....                                                   | 22     |
| C. — L'acte juridictionnel défini d'après son but..                                                                 | 23     |
| § 2. — <i>L'autorité de chose jugée et les voies de recours.</i>                                                    | 25     |
| A. — La doctrine .....                                                                                              | 25     |
| B. — La jurisprudence .....                                                                                         | 26     |

|                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>CHAPITRE II. — LA DETERMINATION DU CARACTERE CONSTITUTIONNEL DU JUGE</i> .....                                                  | 29 |
| Section I. — Définition fondée sur l'origine de l'organe ..                                                                        | 29 |
| Section II. — La définition normative fondée sur la détermination de la règle de référence .....                                   | 30 |
| § 1. — <i>La définition par référence à la règle contrôlée ou contrôle de constitutionnalité des lois au sens strict</i> .....     | 30 |
| § 2. — <i>Le contrôle défini par référence à la règle appliquée au contrôle de constitutionnalité au sens large.</i>               | 34 |
| Section III. — La définition organique et formelle .....                                                                           | 34 |
| § 1. — <i>Les critères organiques</i> .....                                                                                        | 35 |
| A. — Le critère de l'organisation .....                                                                                            | 35 |
| B. — La composition .....                                                                                                          | 36 |
| § 2. — <i>Les formes de la saisine</i> .....                                                                                       | 40 |
| A. — La voie de l'exception d'inconstitutionnalité aux Etats-Unis .....                                                            | 40 |
| B. — La voie de l'exception en Allemagne .....                                                                                     | 41 |
| C. — La combinaison des recours par voie d'action et d'exception devant la Cour Constitutionnelle de la République Italienne ..... | 41 |
| <i>CHAPITRE III. — LES EXPERIENCES FRANÇAISES DE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE ANTERIEUREMENT A LA CONSTITUTION DE 1958</i> .....  | 43 |
| Section I. — Les fondements de la défiance du droit français à l'égard de l'institution d'une juridiction constitutionnelle .....  | 43 |
| Section II. — Les anciennes juridictions constitutionnelles                                                                        |    |
| § 1. — <i>Le Sénat Conservateur de l'An VIII</i> .....                                                                             | 44 |
| A. — Composition et organisation .....                                                                                             | 44 |
| B. — Compétences . . . . .                                                                                                         | 44 |
| C. — L'échec du Sénat .....                                                                                                        | 45 |
| § 2. — <i>Le Sénat de la constitution de 1852</i> .....                                                                            | 45 |
| A. — Composition et organisation .....                                                                                             | 45 |
| B. — Compétences . . . . .                                                                                                         | 46 |
| C. — Echec et transformation du Sénat .....                                                                                        | 46 |

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 3. — <i>Le Comité Constitutionnel de la IV<sup>e</sup> République.</i>                       | 46 |
| A. — Les idées des Constituants en matière de<br>contrôle de constitutionnalité des lois ..... | 46 |
| B. — Organisation et pouvoirs du Comité Consti-<br>tutionnel .....                             | 47 |
| C. — L'activité du Comité Constitutionnel .....                                                | 48 |
| D. — La nature juridique de la délibération du<br>Comité Constitutionnel .....                 | 48 |

## PREMIERE PARTIE

|                                                                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| NATURE ET CARACTERE DES FONCTIONS DU CONSEIL<br>CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT A CELLES DU CON-<br>SEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX ..... | 51 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| TITRE I. — LES CARACTERISTIQUES ORGANIQUES ET<br>FORMELLES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PAR RAP-<br>PORT A CELLES DU CONSEIL D'ETAT STATUANT AU<br>CONTENTIEUX ..... | 53 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — COMPOSITION ET ORGANISATION DES<br>DEUX CONSEILS ..... | 55 |
|----------------------------------------------------------------------|----|

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| Section I. — Composition ..... | 55 |
|--------------------------------|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| § 1. — <i>Recrutement</i> ..... | 55 |
|---------------------------------|----|

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| A. — Voies d'accès au Conseil d'Etat et au Conseil<br>Constitutionnel ..... | 56 |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. — Les compétences techniques respectives des<br>membres des deux Conseils ..... | 62 |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| § 2. — <i>Le statut des membres</i> ..... | 65 |
|-------------------------------------------|----|

|                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------|----|
| A. — L'indépendance par rapport au pouvoir poli-<br>tique ..... | 65 |
|-----------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. — L'indépendance des juges par rapport aux<br>influences non politiques ..... | 69 |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| Section II. — L'organisation ..... | 71 |
|------------------------------------|----|

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1. — <i>La distinction des fonctions contentieuses et<br/>non contentieuses</i> ..... | 72 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. — La coexistence des fonctions contentieuses<br>et non contentieuses ..... | 72 |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. — L'indépendance de l'exercice des fonctions<br>contentieuses par rapport aux fonctions non<br>contentieuses ..... | 73 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 2. — <i>L'organisation de l'indépendance du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat</i> .....                 | 75  |
| A. — Possibilité d'un contrôle de l'organe sur sa propre réglementation .....                                        | 75  |
| B. — L'autonomie administrative et financière ..                                                                     | 77  |
| CHAPITRE II. — <i>LA PROCEDURE</i> .....                                                                             | 79  |
| Section I. — Le déclenchement de l'action : la saisine ....                                                          | 79  |
| § 1. — <i>Le contentieux de l'annulation</i> .....                                                                   | 80  |
| A. — Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat .....                                                    | 80  |
| B. — L'action en annulation préventive et en déclaration <i>a posteriori</i> devant le Conseil Constitutionnel ..... | 83  |
| § 2. — <i>Le contentieux de l'élection et du référendum</i> ..                                                       | 98  |
| A. — Les règles afférentes à la saisine devant les juridictions de l'ordre administratif .....                       | 98  |
| B. — Les règles afférentes à la saisine devant le Conseil Constitutionnel .....                                      | 99  |
| Section II. — Le déroulement de l'action .....                                                                       | 105 |
| § 1. — <i>Les traits généraux de la procédure</i> .....                                                              | 105 |
| A. — Procédure écrite .....                                                                                          | 106 |
| B. — Procédure inquisitoriale .....                                                                                  | 106 |
| C. — La procédure n'est que partiellement contradictoire .....                                                       | 108 |
| D. — La procédure n'est pas secrète en matière électorale .....                                                      | 109 |
| § 2. — <i>Les rapports entre les organes d'instruction et de jugement</i> .....                                      | 110 |
| A. — L'identité de composition de la juridiction d'instruction et de jugement .....                                  | 110 |
| B. — L'intangibilité de la composition de l'organe de jugement .....                                                 | 112 |
| Section III. — La décision .....                                                                                     | 114 |
| A. — Le problème des délais à statuer .....                                                                          | 114 |
| B. — L'interdiction de statuer <i>ultra petita</i> .....                                                             | 115 |
| § 2. — <i>Forme des décisions</i> .....                                                                              | 117 |
| A. — La structure des décisions .....                                                                                | 117 |
| B. — Méthode de rédaction .....                                                                                      | 117 |



|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| CONCLUSION DU TITRE I ..... | 119 |
|-----------------------------|-----|

|                                                                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TITRE II. — LES CARACTERISTIQUES MATERIELLES ET LA FORCE DE VERITE LEGALE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PAR RAPPORT A CELLES DU CONSEIL D'ETAT ..... | 121 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — LA NATURE DE L'ACTE EMIS ..... | 123 |
|----------------------------------------------|-----|

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| Section I. — L'essence de l'acte émis ..... | 123 |
|---------------------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Le critère de l'objet</i> ..... | 123 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| A. — Le contentieux électoral ..... | 123 |
|-------------------------------------|-----|

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| B. — Le contrôle de régularité des actes ..... | 125 |
|------------------------------------------------|-----|

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| § 2. — <i>Le critère de la structure</i> ..... | 126 |
|------------------------------------------------|-----|

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| A. — La structure définie comme un complexe de deux éléments ..... | 126 |
|--------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| B. — La constatation munie de la force de vérité légale ..... | 127 |
|---------------------------------------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| Section II. — La nature du contrôle ..... | 127 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>La détermination de la règle sur laquelle porte le contrôle : loi ou règlement</i> ..... | 128 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. — Le Conseil Constitutionnel contrôle la régularité des actes formellement législatifs ..... | 128 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. — Le Conseil d'Etat contrôle la régularité des actes formellement administratifs ..... | 128 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| § 2. — <i>Caractère de la juridiction des Conseils</i> ..... | 129 |
|--------------------------------------------------------------|-----|

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| A. — Le Conseil Constitutionnel juge constitutionnel ..... | 129 |
|------------------------------------------------------------|-----|

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| B. — Le Conseil d'Etat juge administratif ..... | 130 |
|-------------------------------------------------|-----|

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE II. — L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE ET LES VOIES DE RECOURS ..... | 133 |
|------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 1. — L'autorité de chose jugée des décisions du Conseil Constitutionnel ..... | 134 |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Les conditions de la suprématie du Conseil Constitutionnel</i> . . . . . | 135 |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. — Dans leurs effets les décisions rendues par Conseil Constitutionnel sont revêtues de l'autorité absolue de chose jugée ..... | 135 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. — Le caractère de l'autorité qui s'attache à la suprématie jurisprudentielle du Conseil Constitutionnel est marqué par son extension au motif de la décision ..... | 136 |
| § 2. — <i>L'évolution jurisprudentielle</i> .....                                                                                                                     | 141 |
| A. — L'admission du principe de la suprématie du Conseil Constitutionnel .....                                                                                        | 141 |
| B. — Les résistances du Conseil d'Etat à la suprématie du Conseil Constitutionnel .....                                                                               | 142 |
| Section II. — L'irrévocabilité de la décision et les voies de recours .....                                                                                           | 150 |
| § 1. — <i>Impossibilité de recours contre les décisions rendues sur contrôle de constitutionnalité</i> .....                                                          | 151 |
| § 2. — <i>L'extension de l'inexistence des voies de recours au contentieux électoral</i> .....                                                                        | 151 |
| A. — La décision rendue par le Conseil Constitutionnel couvre tous les vices de l'élection .....                                                                      | 152 |
| B. — La décision rendue ne peut être modifiée même en cas d'erreur matérielle .....                                                                                   | 152 |
| CONCLUSION TITRE II .....                                                                                                                                             | 153 |
| CONCLUSIONS GENERALES DE LA PREMIERE PARTIE ..                                                                                                                        | 155 |
| DEUXIEME PARTIE. — CONVERGENCE ET CONCURRENCE DANS L'EXERCICE DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DES CONSEILS .....                                                      | 157 |
| TITRE I. — LA DETERMINATION DES COMPETENCES CONCURRENTES ET CONVERGENTES DES CONSEILS ET LES RISQUES DE CONFLIT .....                                                 | 159 |
| CHAPITRE I. — <i>LES COMPETENCES EXCLUSIVES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE AU FOND</i> ..                                    | 161 |
| Section I. — Le contrôle du Conseil Constitutionnel sur les actes à caractère législatif est exclusif de celui du Conseil d'Etat .....                                | 161 |
| § 1. — <i>Première hypothèse</i> .....                                                                                                                                | 162 |
| § 2. — <i>Deuxième hypothèse</i> .....                                                                                                                                | 163 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section II. — Le contrôle de l'engagement international<br>exclut tout conflit entre les Conseils .....                                                                                                                                                                | 163 |
| § 1. — <i>Le Conseil Constitutionnel seul juge de la Constitutionnalité au fond</i> .....                                                                                                                                                                              | 164 |
| A. — Le contrôle du Conseil Constitutionnel sur<br>l'engagement international .....                                                                                                                                                                                    | 164 |
| B. — L'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître<br>du recours en annulation contre les actes<br>de conclusion de l'engagement international ....                                                                                                                  | 165 |
| § 2. — <i>Le contrôle de la qualification juridique de la<br/>            publication de l'engagement international par le Conseil<br/>            d'Etat est insusceptible de conduire à un conflit<br/>            de fond avec le Conseil Constitutionnel</i> ..... | 166 |
| A. — Le contrôle du Conseil d'Etat est un contrôle<br>d'existence . . . . .                                                                                                                                                                                            | 166 |
| B. — Les contrôles respectifs du Conseil Constitutionnel<br>et du Conseil d'Etat sont complémentaires et non conflictuels .....                                                                                                                                        | 166 |
| <br>CHAPITRE II. — LES RISQUES DE CONFLIT DECOULANT<br>DES COMPETENCES CONVERGENTES ET<br>CONCURRENTES DES CONSEILS .....                                                                                                                                              | 167 |
| Section I. — Les convergences en matière de contrôle de<br>la répartition des compétences normatives entre les pouvoirs<br>publics et les risques de conflits de fond .....                                                                                            | 167 |
| § 1. — <i>Les lois et les règlements des articles 34 et 37<br/>            de la Constitution</i> .....                                                                                                                                                                | 168 |
| A. — Le contrôle d'un même décret .....                                                                                                                                                                                                                                | 168 |
| B. — La détermination de la nature et du contenu<br>des règles et des principes fondamentaux réservés<br>à la loi .....                                                                                                                                                | 173 |
| § 2. — <i>Les actes issus d'une répartition exceptionnelle<br/>            des compétences normatives</i> .....                                                                                                                                                        | 174 |
| A. — Les ordonnances de l'article 38 .....                                                                                                                                                                                                                             | 174 |
| B. — Les ordonnances de l'article 92 .....                                                                                                                                                                                                                             | 175 |
| C. — Les décisions présidentielles de l'article 16 ..                                                                                                                                                                                                                  | 176 |
| D. — Les ordonnances présidentielles prises en<br>vertu de loi référendaire .....                                                                                                                                                                                      | 177 |
| Section II. — Les concurrences en matière de contentieux<br>des opérations électorales et référendaires et les risques<br>de conflit de compétence .....                                                                                                               | 181 |

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Les compétences du Conseil d'Etat en matière de contentieux électoral et référendaire</i> .....                        | 181 |
| A. — Le contentieux des actes préliminaires à l'opération électorale .....                                                       | 182 |
| B. — Le contentieux du remboursement des frais électoraux .....                                                                  | 185 |
| § 2. — <i>Les risques de carence juridictionnelle et de conflit de compétence</i> .....                                          | 186 |
| A. — La carence juridictionnelle en matière de contrôle des opérations préalables au référendum .....                            | 186 |
| B. — Le conflit de compétence en matière de contentieux du remboursement de la caution et des frais électoraux .....             | 189 |
| CONCLUSION DU TITRE I .....                                                                                                      | 193 |
| TITRE II. — LA DUALITE DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES DES CONSEILS ET LA THEORIE DES SOURCES DU DROIT .....                     | 195 |
| CHAPITRE I. — <i>LES CONSEILS ET LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT</i> .....                                                       | 197 |
| Section I. — La reconnaissance de l'existence des principes généraux du droit et la détermination de leur valeur juridique ..... | 197 |
| § 1. — <i>La reconnaissance de l'existence des principes généraux du droit par les Conseils</i> .....                            | 197 |
| § 2. — <i>La détermination de la valeur juridique des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes</i> .....        | 198 |
| A. — La valeur législative .....                                                                                                 | 198 |
| B. — La valeur constitutionnelle .....                                                                                           | 200 |
| C. — La valeur hiérarchique ne donne pas lieu à un conflit de jurisprudence .....                                                | 201 |
| Section II. — Le contenu des principes généraux du droit .....                                                                   | 202 |
| § 1. — <i>La position du Conseil Constitutionnel</i> .....                                                                       | 202 |
| § 2. — <i>La position divergente du Conseil d'Etat</i> .....                                                                     | 203 |
| A. — La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat .....                                                                     | 203 |
| B. — L'arrêt Commune de Bozas et la fidélité du Conseil d'Etat à sa position traditionnelle .....                                | 203 |



*CHAPITRE II. — LES CONSEILS ET LES PREAMBULES  
DES CONSTITUTIONS ET DECLARATIONS DES  
DROITS* ..... 205

Section I. — L'ambiguïté de la jurisprudence du Conseil  
d'Etat ..... 205

§ 1. — *Le Conseil d'Etat et les déclarations de droits*.. 205

§ 2. — *Le Conseil d'Etat et les préambules des Cons-  
titutions* ..... 205

A. — Le préambule de 1946 ..... 205

B. — Le préambule de 1958 ..... 207

§ 2. — *La consécration définitive de la valeur juridique  
des préambules et déclarations de droits par le  
Conseil Constitutionnel* ..... 207

CONCLUSION TITRE II ..... 211

TITRE III. — LA DUALITE JURISPRUDENTIELLE NEE DES  
CONVERGENCES DES FONCTIONS JURIDICTIONNELLES  
DES CONSEILS ..... 213

*CHAPITRE PRELIMINAIRE. — LES NOTIONS DE  
REGLES DE PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DE  
GARANTIES FONDAMENTALES* ..... 215

Section I. — La fixation des règles ..... 216

§ 1. — *La loi ne fixe pas toutes les règles* ..... 216

A. — Les restrictions imposées à la compétence  
législative par l'article 34 ..... 216

B. — L'esprit de la Constitution ..... 217

§ 2. — *La double limitation du domaine de la loi en  
matière de création de règles* ..... 217

A. — La distinction de la mise en cause et de la  
mise en œuvre ..... 217

B. — La prise en considération des limitations  
imposées au législateur par l'état de droit anté-  
rieur ..... 219

Section II. — La détermination des principes fondamen-  
taux et des garanties fondamentales ..... 219

§ 1. — *Une délimitation empruntée à celle dégagée en  
matière de fixation des règles* ..... 220

|                                                                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. — La reprise de la distinction mise en cause — mise en œuvre .....                                                                                                                                                | 220 |
| B. — L'étendue des matières mises en cause pour la détermination des principes fondamentaux et des garanties fondamentales .....                                                                                     | 221 |
| § 2. — <i>Les limitations de la compétence législative introduite par la législation antérieure</i> .....                                                                                                            | 221 |
| <br>CHAPITRE I. — LA JURISPRUDENCE DES CONSEILS EN MATIÈRE DE FIXATION DES RÈGLES .....                                                                                                                              | 223 |
| Section I. — Les règles énoncées par les quatre premières rubriques de l'article 34 .....                                                                                                                            | 223 |
| § 1. — <i>Les droits civiques — les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens</i> .....                                                                                                               | 223 |
| A. — Les droits civiques .....                                                                                                                                                                                       |     |
| B. — Les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens .....                                                                                                           | 223 |
| § 2. — <i>Les règles concernant la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités</i> .....                                                              | 225 |
| A. — Les règles relatives à la nationalité, l'état et la capacité des personnes .....                                                                                                                                | 226 |
| B. — Règles concernant les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités .....                                                                                                                            | 228 |
| § 3. — <i>La détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables. La procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction, le statut des magistrats du siège</i> ..... | 228 |
| A. — La détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables .....                                                                                                                             | 229 |
| B. — La procédure pénale et l'amnistie .....                                                                                                                                                                         | 235 |
| C. — La création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats .....                                                                                                                                 | 237 |
| § 4. — <i>Les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures — les lois de finances et les lois de programme, le régime d'émission de la monnaie</i> ..... | 244 |
| A. — Le contenu de la notion d'imposition de toutes natures .....                                                                                                                                                    | 245 |

|                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. — La détermination des compétences législatives et réglementaires en matière d'assiette, de taux et de modalités de recouvrement des impositions de toutes natures .....             | 248 |
| C. — Les rapports entre la détermination des compétences en matière d'impositions de toutes natures d'une part et en matière de lois de finances et de lois de programme d'autre part.. | 250 |
| Section II. — Les autres rubriques également énoncées par l'article 34 en matière de fixation des règles .....                                                                          | 252 |
| § 1. — <i>Les droits civiques et le régime électoral des Assemblées parlementaires et des Assemblées locales.</i>                                                                       | 252 |
| A. — La distinction par matière et la détermination d'un bloc législatif .....                                                                                                          | 253 |
| B. — La distinction à l'intérieur même des matières du bloc législatif .....                                                                                                            | 254 |
| § 2. — <i>La création de catégories d'établissements publics</i>                                                                                                                        | 255 |
| A. — La détermination des règles de création ....                                                                                                                                       | 256 |
| B. — La définition du concept de catégories d'établissements publics .....                                                                                                              | 257 |
| § 3. — <i>Les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriétés d'entreprises du secteur public au secteur privé</i> .....                                                 | 261 |
| CHAPITRE II. — LA JURISPRUDENCE DES CONSEILS EN MATIERE DE DETERMINATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DES REGLES RELATIVES AUX GARANTIES FONDAMENTALES .....                           | 263 |
| Section I. — La détermination des principes fondamentaux.                                                                                                                               | 263 |
| § 1. — <i>Les principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense Nationale</i> .....                                                                                       | 263 |
| § 2. — <i>Les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources</i> .....                                        | 263 |
| A. — La définition des principes de la libre administration des collectivités locales et de leurs compétences . . . . .                                                                 | 264 |
| B. — Les ressources des collectivités locales ....                                                                                                                                      | 267 |
| § 3. — <i>Les principes fondamentaux de l'enseignement.</i>                                                                                                                             | 267 |

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 4. — <i>Les principes fondamentaux du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales</i> .....  | 268 |
| A. — La prise en considération des limitations apportées au principe fondamental par l'état de droit antérieur à 1958 .....           | 269 |
| B. — La détermination des principes fondamentaux .....                                                                                | 270 |
| § 5. — <i>Les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale</i> .....                       | 273 |
| A. — Les principes fondamentaux du droit de travail .....                                                                             | 273 |
| B. — Les principes fondamentaux de la Sécurité sociale .....                                                                          | 275 |
| Section II. — Les règles relatives aux garanties fondamentales .....                                                                  | 283 |
| § 1. — <i>Les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques</i> ....                          | 283 |
| A. — La distinction des domaines législatif et réglementaire .....                                                                    | 283 |
| B. — La distinction des domaines constitutionnel et législatif en matière de libertés publiques ..                                    | 286 |
| § 2. — <i>Les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat</i> .....                           | 287 |
| A. — Le contenu de la notion de « garanties fondamentales » accordées aux fonctionnaires pour l'exercice des libertés publiques ..... | 289 |
| B. — La distinction mise en cause — mise en œuvre .....                                                                               | 287 |
| CONCLUSION TITRE III .....                                                                                                            | 291 |
| CONCLUSION DEUXIEME PARTIE .....                                                                                                      | 293 |
| CONCLUSION GENERALE .....                                                                                                             | 295 |
| ADDENDUM .....                                                                                                                        | 297 |
| BIBLIOGRAPHIE .....                                                                                                                   | 306 |
| TABLE DES MATIERES .....                                                                                                              | 316 |



LIBRAIRIE GÉNÉRALE  
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
PARIS N° Edit : 1589  
Dépôt légal : 1<sup>er</sup> trimestre 1974

Printed in France

IMPRIMERIE  
TARDY-QUERCY-AUVERGNE  
113, rue André-Breton  
46000 CAHORS  
30.475



